

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR – *CAMPUS* DE CACOAL
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

ELIZANGELA DA SILVA

Cacoal/ RO.
Julho/ 2007.

ELIZANGELA DA SILVA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho Monográfico de Graduação para Conclusão de Curso, apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Rondônia UNIR – *campus* de Cacoal como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Mestra Isabela Esteves Cury Coutinho.

**Cacoal/ RO.
Julho/ 2007.**

ELIZANGELA DA SILVA

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor-
Cacoal, Ro: Unir, 2007.

i-x, 79 p. : il

Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Rondônia, 2007.

Orientador: Prof^ª.Msc Isabela Esteves Cury Coutinho

Bibliografia: p 76 a 80

1. Código de Defesa do Consumidor,
2. Direito Fundamental;
3. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ELIZANGELA DA SILVA

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR.**

AVALIADORES

Prof^a. Ms. Isabela Esteves Cury Coutinho

Nota

Nota

Nota

Média

**Cacoal
2007.**

PARECER DE ADMISSIBILIDADE

A acadêmica **Elizangela da Silva** desenvolveu o trabalho de conclusão de curso sobre o tema: **Desconsideração da Personalidade Jurídica No Código de Defesa do Consumidor**, obedecendo aos critérios do Departamento do Curso de Direito da UNIR – *Campus* de Cacoal.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Destarte, a acadêmica está apta para a apresentação expositiva de sua Monografia junto à Banca Examinadora.

Professora Ms. Isabela Esteves Cury Coutinho
Orientadora

DECLARAÇÃO

Declaro para os devidos fins que a Monografia intitulada: **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, elaborada pela acadêmica **Elizangela da Silva** regularmente matriculada no décimo período do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR - *Campus* de Cacoal, foi corrigida de acordo com as regras gramaticais da Língua Portuguesa.

Adilson Rosa Teixeira
Licenciado em Letras

Agradeço a **DEUS** todo poderoso e onisciente, que em todo os momentos, esteve comigo, no elaborar deste presente trabalho, como no decorrer do curso, que com sua benção não deixou que as fraquezas inerentes ao ser humano ou as dificuldades encontradas me desanimassem. **DEUS** eterno que me faz acreditar na sua justiça, pois quão falhas seja à justiça dos homens, devemos sempre lutar em prol dos fracos e oprimidos, porque se o Pai nos proporcionou esta oportunidade é porque somos capazes e fortes, pois esse **DEUS** não dá fardo pesado aos fracos.

RESUMO

SILVA, Elizangela da. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor, 80 folhas, Monografia. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal. 2007

A revolução industrial e o extraordinário crescimento do comércio criou forte antagonismo na relação de compra e venda. Diante dos conflitos de interesses das partes envolvidas na atividade mercantil, se fez necessário proteger o consumidor. Desta forma surgiu um microssistema jurídico objetivando definir regras de comportamento, direitos e deveres. Nascia assim um conjunto de regras denominado Código de Defesa do Consumidor, elevado a condição de Direito Fundamental e princípio constitucional. O Código de Defesa do Consumidor regula uma relação específica e tem seus princípios e regras próprias e o Princípio da Dignidade Humana é a maior referência para todos os demais princípios que norteia a relação de consumo. A desconsideração da personalidade jurídica surgiu com a clara intenção de preservar a existência das pessoas jurídicas que funcionam regularmente, de acordo com a lei e de conformidade com o que prevêm os seus atos constitutivos. As pessoas jurídicas têm existência distinta daquelas que a compõem, havendo também a separação dos respectivos patrimônios, o que configura o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Esse princípio pode ser superado, com a utilização do instituto da desconsideração da personalidade, que tornará ineficaz a existência da personalidade jurídica, invadindo-se a esfera patrimonial de terceiros, sócios ou administradores da executada. A desconsideração será aplicada sempre que forem praticados determinados atos contrários ao direito e à boa-fé, prejudicando consumidores ou terceiros, por meio de fraude ou abuso de direito. O instituto da desconsideração da personalidade Jurídica é de grande utilidade no Direito do Consumidor e também em outras áreas do Direito.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Direito Fundamental. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ABSTRACT

SILVA, Elizangela da. The disregard of legal entity in the Code of Defense of the Consumer, 80 leaves, Monograph. Foundation Federal University of Rondônia - *Campus* of Cacoal. 2007.

The industrial revolution and the extraordinary growth of the commerce created fort antagonism in the purchase relation and venda. Ahead of the conflicts of interests of the involved parts in the mercantile activity, if it made necessary to protect the consumer. In such a way microssistema appeared one legal objectifying to define rules of behavior, rights and duties. Code of Defense of the Consumer, raised was born thus a called set of rules the condition of basic right and constitutional principle. The Code of Defense of the Consumer regulates a relation specific and has its principles and proper rules and the beginning of the Dignity Human being the too much principles are the biggest reference for all that the consumption relation guides. The disregard of legal entity appeared with the clear intention to preserve the existence of the legal people who function regularly, in accordance with the law and of conformity with what they foresee its acts constituent. The legal people have distinct existence in that they compose it, also having the separation of the respective patrimonies, what she configures the beginning of the patrimonial autonomy of the legal entity. This principle can be surpassed, with the use of the institute The disregard of legal entity, that will become inefficacious the existence of the corporate entity of the legal entity, invading it economic situation of third, partners or administrators of the executed one. The disregard will be applied whenever they will be practised determined contrary acts to the right and the good-faith, harming Consuming or third, by means of fraud or abuse of processs. The institute disregard of legal entity is of great utility in the Right of the Consumer and also in other areas of the Right.

Key-Words: Code of Defense of the Consumer. Basic Right. Disregard of Legal Entity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A DEFESA DO CONSUMIDOR NO PLANO CONSTITUCIONAL	13
2.1. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	13
2.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A DEFESA DO CONSUMIDOR NO PLANO CONSTITUCIONAL	17
2.3.A INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA PRIVADO PARA REGULAR AS RELAÇÕES DE CONSUMO	18
3. A RELAÇÃO DE CONSUMO	24
3.1 CONCEITOS DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR	25
3.2 CONCEITOS DE PRODUTO E SERVIÇO	30
3.3 PRINCÍPIOS REGEDORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO	34
4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	39
4.1. ORIGEM HISTÓRICA	39
4.2 CONCEITO	41
4.3.ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	42
4.4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OUTROS RAMOS DO DIREITO	51
5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	58
5.1.A DESCONSIDERAÇÃO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	58
5.2.OS CRITÉRIOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	61
5.3 AS HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DEFESA CONSUMIDOR E SEUS PARÁGRAFOS.	63
6. CONCLUSÕES ARTICULADAS	73
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

1. INTRODUÇÃO

O conceito de personalidade jurídica foi durante longo tempo considerado intocável, tal rigidez somente foi superada apenas na segunda metade da década de 50 do século XX, quando então as teorias que admitiam a desconsideração da personalidade jurídica ganharam força.

A Constituição de 1988 trouxe novas diretrizes para a ordem econômica, passando a contemplar princípios nunca antes previstos em sede constitucional, como a defesa do consumidor e do meio ambiente. Com efeito, a defesa do consumidor deve ser necessariamente associada aos demais princípios, sem a prevalência de um sobre os outros.

A correta aplicação da desconsideração da personalidade jurídica às relações de consumo exige a harmonização dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e valorização do trabalho, considerando-se a necessidade do desenvolvimento equilibrado da atividade econômica e o respeito aos princípios constitucionais a ela pertinentes. Consumidores, fornecedores e fabricantes são peças fundamentais no sistema econômico e na relação de consumo.

A Constituição estabelece no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) o princípio geral da organização econômica (a livre iniciativa, corolário do sistema capitalista); delimita o campo de atuação do Estado (a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo); e a finalidade da ordem econômica constitucional é proporcionar aos cidadãos uma existência digna, fundada na justiça social.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é um instituto recente do mundo jurídico, que tem como maior finalidade fazer com que os sócios da sociedade respondam pessoalmente pelas dívidas e compromissos da empresa, retirando ou suspendendo assim, a proteção decorrente da personalidade jurídica.

Entretanto, essa teoria não se volta contra a pessoa jurídica, como pode parecer a primeira vista. Pelo contrário, o instituto da desconsideração é um aprimoramento da pessoa jurídica, instrumento de proteção aos direitos dos consumidores e daqueles que, sem essa desconsideração, jamais responderiam pela antijuridicidade dos atos cometidos.

Muitas vezes, os indivíduos componentes das pessoas jurídicas valem-se da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para fugirem ao adimplemento de uma obrigação. Não raramente, o devedor oculta-se por detrás da personalidade jurídica autônoma do ente coletivo, com a finalidade de fraudar o credor, quando a pessoa jurídica passa, assim, a ser um meio eficaz de se burlar a lei e prejudicar terceiros.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Também conhecida por *Disregard Doctrine*, tem aplicação em outros ramos do direito tais como Direito Comercial, Ambiental, Trabalho dentre outros. A desconsideração da pessoa jurídica no âmbito da relação consumerista tem contribuído significativamente para evitar lesão aos direitos do consumidor.

2. A DEFESA DO CONSUMIDOR NO PLANO CONSTITUCIONAL

2.1 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

A Constituição Federal trata em três dispositivos, fundamentalmente, da proteção ao consumidor dentro da relação de consumo, quais sejam os artigos, 5º, XXXII, 150, § 5º, e 170, V. Assim, a defesa do consumidor é um dos direitos fundamentais do indivíduo e um dos princípios da ordem econômica do Estado, conforme a disposição da norma constitucional.

Para o Professor Paulo Bonavides, os direitos fundamentais são os direitos do homem que as Constituições positivaram, recebendo nível mais elevado de garantias ou segurança. Cada Estado, pois, tem seus direitos fundamentais específicos. Entretanto, o autor acrescenta que os direitos fundamentais estão vinculados aos valores de liberdade e dignidade humana, levando-nos, assim, ao “significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”.¹

De acordo Enio Morais da Silva² a definição desses direitos denominados de fundamentais envolve diferentes aspectos. Numa acepção material, podemos afirmar que eles dizem respeito aos direitos básicos que o indivíduo, natural e universalmente, possui em face do Estado. Depois, em acepção formal, os direitos são considerados fundamentais quando o direito vigente em um país assim os qualifica, normalmente estabelecendo certas garantias para que estes direitos sejam respeitados por todos.

Os direitos fundamentais têm características próprias que se resume em quatro e são as seguintes, como ensina José Afonso da Silva³:

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.p.514.

² SILVA, Enio Morais da. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em http://www.radardoagito.com.br/direito/direito_constitucional/direitosfundamentais.htm. Acesso em 20 de junho de 2007, às 17.53 horas.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiro. 24ª ed. 2005.p 181.

- **Historicidade:** são históricos, pois remontam a longínquas épocas, eles surgem com a revolução e com ela desaparecem, evoluem, ampliam-se no decorrer dos tempos.
- **Inalienabilidade:** são intransferíveis, inegociáveis pela ausência do conteúdo econômico ou patrimonial se a todos eles são dados, os que recebem dele não podem se desfazer, pois da inalienabilidade decorre a indisponibilidade.
- **Imprescritíveis:** perpétuos
- **Irrenunciabilidade:** não se renunciam os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais costumam ser classificados em gerações, na medida em que historicamente foram ocorrendo. Norberto Bobbio *apud* Paulo Luiz Neto Lobo, por exemplo, entende ser possível identificar quatro gerações, nos dois últimos séculos de experiências e vicissitudes, no mundo ocidental: os direitos de liberdade, os direitos políticos, os direitos sociais e econômicos e a nova geração de direitos, relativos "à integridade do próprio patrimônio genético, que vai muito além do tradicional direito à integridade física".⁴

A expressão "geração de direitos" tem sofrido várias críticas da doutrina nacional. É que o uso do termo "geração" pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação e não de sucessão.⁵

Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada "primeira geração".

⁴ Norberto Bobbio, *O tempo da Memória, De senectude e outros escritos autobiográficos*, trad. Daniela Versiani, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1997, p. 160. *Apud* por Paulo Luiz Neto Lobo. **A Informação Como Direito Fundamental do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001.

⁵ LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

Em razão de todas essas críticas, doutrinadores recentes tais como: Ingo Wolfgang Sarlet, Ricardo Lobo Torres e Flávia Piovesan, tem preferido o termo “dimensões” no lugar de “gerações”, afastando a equivocada idéia de sucessão, em que uma geração substitui a outra. As gerações não substituíram as antecedentes, mas se conjugaram em ciclos de expansão. Desse modo, perpassam as ordens constitucionais.

E interessante é a lição de Paulo Luiz Netto Lobo sobre o tema:

Os direitos do consumidor inserem-se nos direitos fundamentais de terceira dimensão e somente foram concebidos tais nas últimas décadas do século XX. E apenas foi possível quando se percebeu a dimensão humanística e de exercício de cidadania que eles encerram, para além das concepções puramente econômicas. Com efeito, as teorias econômicas sempre viram o consumidor como ente abstrato, despersonalizado, como elo final da cadeia de produção e distribuição ⁶.

Os direitos de terceira geração ou dimensão corresponde a uma evolução dos direitos fundamentais no sentido que buscam proteger os direitos de uma sociedade moderna, que enfrentam os problemas decorrente da modernização e ainda pretendem corresponder aos ideais de solidariedade e fraternidade.sobre os direito de terceira geração expressa o Professor Paulo Bonavides:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou fase precária do desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão de direitos até então desconhecidos. Trata-se daquela assenta sobre a fraternidade (...) ⁷.

Em relação a essa geração de direitos, pode-se citar: direito ao meio ambiente equilibrado, desenvolvimento, proteção das classes mais vulneráveis: direito do Consumidor, Idoso, Criança e Adolescente dentre outros direitos.

O direito do consumidor recuperou a dimensão humana do consumidor, na medida em que o afirma como sujeito, titular de direitos constitucionalmente protegidos. Proteger o consumidor é na incisiva lição de Antônio Pinto Monteiro *apud* Paulo Luiz Netto Lobo:

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Informação Como Direito Fundamental do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 13ª ed.2003.p.569.

Lutar pela qualidade do relacionamento humano, no que ele implica de respeito pela dignidade do Homem e pelo seu poder de autodeterminação, e no que ele significa de uma solidária e responsável participação na vida em comunidade. Desse modo, a migração para o campo dos direitos fundamentais, na concepção ampla que ostentam na atualidade, tornou-se inevitável.⁸

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios da atividade econômica, preconizada no *Caput* que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A defesa do consumidor é o princípio constitucional, inserido nos princípios gerais das atividades econômicas. O termo princípio é utilizado no sentido fonte informadora do sistema, ou seja, no sentido de que toda atividade econômica deve ser promovida à defesa do Consumidor, seja pelo particular espontaneamente, seja pela atuação estatal.

Segundo o Professor Ronaldo Alves de Andrade:

É impossível na pós-modernidade, no Brasil por expresse mandamento Constitucional, aceitar uma ordem econômica que não esteja jungida pelos ditames da justiça social, da solidariedade e da dignidade do ser humano. Esses princípios aparentemente não se conciliam com exercícios de uma atividade econômica cuja finalidade é sempre o lucro que no passado justificou-se, em muitos casos o aviltamento dos direitos humanos, com pessoas sendo rebaixadas ao patamar de animais. Neste passos, basta lembrar que alguns trabalhadores laborava em condições subumanas, como os trabalhadores das minas de carvão cumpriam extensas jornadas nos locais absolutamente insalubres tudo para justificar a exploração da atividade econômica.⁹

O *caput* do art. 170 da Constituição Federal ao afirmar que o desenvolvimento de qualquer atividade econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, nada mais fez que realçar que toda atividade econômica deve obedecer ao princípio da dignidade humana, estando no título I, dos princípios fundamentais, no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, que introduz esse princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito.

No referente à relação de consumo há que se ponderar que a defesa do consumidor, no que se refere à dignidade humana, a qual será desrespeitada se o sistema jurídico e social não tiver no seu bojo a defesa do consumidor.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Informação Como Direito Fundamental do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

⁹ Andrade, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri – SP: Manoele, 2006, p. 2.

2.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Definir o conteúdo do princípio da dignidade humana não é tarefa simples, pois engloba outros princípios trazidos pela Constituição Federal o da igualdade e o da proporcionalidade. Segundo Rizzato Nunes, “devemos ter sempre em mente que o princípio da dignidade humana é o mais importante de todos e dá a diretriz para harmonização dos demais princípios constitucionais”¹⁰.

Para o Professor Ronaldo Alves de Andrade,¹¹ a Dignidade Humana decorre da solidariedade e da ética humana, pois pela solidariedade o homem reconhece o outro como seu semelhante e pode delinear seu comportamento ético no sentido de que tudo que o afeta, seja bom ou mau, afetará o seu semelhante. Assim tudo que for digno para uma pessoa, será também para outra o mesmo ocorre com a indignidade.

Vejamos o que ensina o Professor Ingo Wolfgang Sarlet sobre a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, *in verbis*:

(...) Ressalte-se, todavia, que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais representa um plus relativamente à vinculação dos poderes públicos, inclusive do legislador, às normas constitucionais em geral, como bem expressa o princípio da constitucionalidade, que, neste sentido, apresenta uma dimensão reforçada quanto aos direitos fundamentais.¹²

Sobre o princípio da dignidade humana Flávia Piovesan, leciona:

(...) A dignidade humana é um princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo em especial prioridade. A dignidade humana simboliza deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.¹³

De fato, a previsão constitucional da defesa do consumidor, como direito humano fundamental, o coloca em posição de destaque na ordem jurídica pátria, verdadeiro parâmetro

¹⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p.54.

¹¹ Curso de Direito do Consumidor. p.4

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª ed. Livraria do Advogado, 2004, p. 353.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo:RT,Ano94,V.833,março de 2005.p.51.

hermenêutico, reafirmando e consagrando a dignidade da pessoa humana como premissa maior do Estado de direito democrático (Constituição Federal de 1988, art. 1º, III).

Enfim, a defesa do consumidor é um dos valores para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Portanto, a necessidade de obediência ou respeito aos direitos humanos fundamentais, entre os quais nele se insere a defesa do consumidor, constitui alicerce indispensável à construção de um autêntico Estado de Direito Democrático, dignos que são de maior proteção constitucional por meio da sua inclusão no elenco das cláusulas pétreas (Constituição Federal, art. 60, §4º).

2.3 A INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA PRIVADO PARA REGULAR AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Para o Professor Ronaldo Alves de Andrade,¹⁴ A regulamentação do direito do consumidor no âmbito constitucional especialmente determinando a criação e instituição do Código de Defesa do Consumidor, deixou claro que o sistema de direito privado não é capaz de regular adequadamente as relações de consumo, porque não é dotado de mecanismo adequados à defesa do consumidor, no atual mercado econômico globalizado. Nesse cenário que surgiram em todo o mundo as leis de Defesa do Consumidor, com os mecanismos capaz de outorgar efetiva defesa dos seus direitos.

Sobre regulação das relações de consumo e das relações jurídicas privadas disserta o Professor Ricardo Luis Lorrezetti *apud* Ronaldo Alves de Andrade

O Código divide sua vida com outros códigos, com microssistema jurídicos e com subsistema. O código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O código é substituído pela constitucionalização do direito civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais. A explosão do código produziu um fracionamento de ordem jurídica semelhante ao sistema planetário. Criaram-se um microssistema jurídico que da mesma forma que os planetas giram com autonomia própria, sua vida é independente, o código é como o sol, ilumina-os, colabora com suas vidas, mas já não pode incidir sobre eles. Pode-se também referir a famosa imagem empregado por Wittgenstein aplicada ao direito, segundo a qual, o Código é o centro da antiga cidade, a que se acrescentaram novos subúrbios, com os seus próprios centros e características de bairros. Poucos são os que visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar as relíquias históricas¹⁵.

¹⁴ Op.cit, p.10

¹⁵ Op.cit. p. 11

O art. 1º da Lei 8.078/90 constitui a materialização do dirigismo contratual, ou seja, o Estado intervindo em determinadas relações jurídicas (contrapondo-se ao liberalismo econômico) visando proteger o mais fraco, através de normas cogentes, para regular a relação jurídica de consumo, de modo a que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto na lei e não o que está previsto, por exemplo: no contrato ou na oferta. Destaque-se que, hodiernamente, certas relações jurídicas, têm sofrido a ingerência estatal, sendo certo que muitas vezes o consumidor contrata sob o império da necessidade, cedendo às exigências do fornecedor. Daí a premente necessidade do estabelecimento de normas cogentes para proteção e defesa do consumidor.

Ao se falar em interesse social, o código veio para facilitar o acesso à justiça dessa massa de consumidores, de modo a lhes possibilitar o enfrentamento ao poder econômico e permitir um equilíbrio real na relação jurídica de consumo. De efeito, é importante ressaltar que a Lei 8.078 de 1990 é lei principiológica, de tal modo que todas as leis que se propõem a reger especificamente um a relação de consumo devem se subordinar aos seus princípios e direitos, sendo certo que toda norma que verse sobre relação específica de consumo (por exemplo: planos de saúde, seguros) não tem o condão de derogar direitos e garantias previstos no Código de Defesa do Consumidor, cabendo a essas, tão-somente, tratar o setor legislado conforme a norma principiológica.

Em abono, pertinentes são as lições de Nelson Nery Júnior:

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletrodomésticos, vestuário etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão se submeter aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor. (...). Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas.¹⁶

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed. 2005, p. 498.

Por conseguinte, qualquer legislação infraconstitucional superveniente (leis, decretos, portarias, etc.) elaboradas pelos entes da federação deve se subordinar à principiologia do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de inconstitucionalidade.

Sobre a regulamentação da relação de Consumo, Ronaldo Alves de Andrade, disserta:

Em realidade, a lei n.8.078 de 1990 não deveria ser denominada Código de Defesa do Consumidor, mas código das relações de consumo, pois o consumidor recebe alguns privilégios legais por causa da sua fragilidade em face do fornecedor, mas tal tratamento desigual é estabelecido em seu favor apenas para colocá-lo em posição de igualdade diante do fornecedor, que efetivamente é técnica e economicamente mais forte nessa relação. Assim para compensar essa desigualdade no plano real, a lei dotou o consumidor de uma posição jurídica protegida, tornando-o juridicamente forte, positivando desse modo, a igualdade formal esculpida na Constituição Federal de 1988 e segundo o qual todos são iguais perante a lei, na medida em que trata o desigual - Consumidor - de forma desigual. Em suma o CDC positivou a diferença¹⁷.

De um lado, na acepção de igualdade formal, observa-se a necessidade de vedar ao Estado toda sorte de tratamento discriminatório negativo, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios suspeitos tais como a raça, a religião ou a classe social.

De outro, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade material de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

Por fim a igualdade formal e igualdade material são manifestações do princípio da isonomia em duas gerações sucessivas de direitos fundamentais.

O Microsistema do Código Defesa do Consumidor.

Ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, o legislador adotou técnica de contraponto às grandes codificações do século XIX, voltadas a normatizar grandes áreas do direito. Tais codificações, por seu caráter abrangente, deixavam de atender satisfatoriamente

¹⁷ Op.cit. p. 11

às determinadas relações jurídicas que por sua natureza careciam de tutelas com maior eficácia.

Essa tendência, no entanto, foi amenizada pelo legislador que a partir do início do século passado iniciou a normatização através microssistemas jurídicos capazes de atender as especificidades de determinadas relações que exigiam tratamento peculiar. No Brasil, vários microssistemas foram promulgados e, por sua especialidade, afastaram a incidência imediata das normas gerais, v.g., o Decreto-lei 58 de 1937, que regula a venda de lotes de terreno em prestações, a Lei 6.015 de 73, que dispõe sobre registros públicos e a Lei 8.245 de 91, que dispõe sobre locação de imóveis etc.

Dentre os microssistemas normativos em vigor, nenhum alcançou tamanho destaque quanto o Código Defesa do Consumidor, seja por suas características, seja por sua aplicabilidade nas relações jurídicas de consumo, principal modalidade da atividade econômica.

Sobre o microssistema normativo, Fernando Borges da Silva, disserta:

O que faz do Código de Defesa do Consumidor um microssistema normativo eficiente são os princípios em que se funda. Tais princípios se irradiam diretamente da Constituição Federal e dão ao consumidor um tratamento diferenciado em razão da natureza das relações jurídicas que envolvem os atores desse tipo de relação em uma economia de mercado. Essas peculiaridades da Lei 8.078 de 1990 são, em regra, inaplicáveis a relações jurídicas subordinadas às normas gerais (Código Civil, Comercial, Código de Processo Civil etc.)¹⁸

O jurista Fernando Borges da Silva¹⁹ menciona duas características importantes desses microssistema normativo que é o Código de Defesa do Consumidor, o primeiro elemento é o caráter de normas de ordem pública e interesse social na prática, significa dizer que o Poder Judiciário deverá de ofício, nas lides que lhe forem apresentadas, conhecer todas as questões inerentes às relações de consumo. A segunda característica é o princípio da isonomia estabelecido entre o consumidor e fornecedor, este entendido *latu sensu*. A principal virtude desse princípio está em reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

¹⁸ SILVA, Fernando Borges da. **O Código de Defesa do Consumidor: um Microssistema normativo eficiente?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

(art. 4º, I do CDC²⁰) como ferramenta para atingir a igualdade pretendida pelo legislador. Implica reconhecer o consumidor como parte mais fraca, hipossuficiente tanto econômica como tecnicamente.

Para assegurar o princípio da igualdade o Código de Defesa do Consumidor criou vários mecanismos para alcançar a igualdade entre fornecedor e consumido, dentre os quais se destacam:

- Possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor quando verossímil a alegação ou diante de sua hipossuficiência percebida segundo as regras de experiências (art. 6º, VIII);
- A interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor em todo e qualquer contrato de consumo (art. 47);
- Manutenção de assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente e instituição de Promotorias, Varas e Delegacias especializadas em matéria de consumo (art.5º, I, II, III e IV);
- Concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor (art. 5º, V);
- Proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV).

A disciplina da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor também o torna um microssistema normativo peculiar e ao mesmo tempo eficiente, com normas inaplicáveis, via de regra, à responsabilidade civil estranha ao Código de Defesa do Consumidor . Esse diferencial está calcado na adoção, pela Lei 8.078 de 11 de setembro 1990, da teoria do risco da atividade. Significa dizer que o simples exercício da atividade econômica no mercado, coloca o fornecedor, produtor ou importador como responsável pela reparação dos danos causados ao consumidor derivados dessa atividade. É a responsabilidade objetiva

¹⁹ SILVA, Fernando Borges da. **O Código de Defesa do Consumidor: um Microssistema normativo eficiente?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564>>. Acesso em: 21 mar. 2007.

²⁰ Código de Defesa do Consumidor.

pelos fatos e ou pelos vícios do produto e do serviço, previstas nos artigos 12 e 18, respectivamente.

Vale citar ainda os princípios relacionados aos contratos de consumo que reforçam o caráter de um microssistema normativo peculiar, com normas próprias e diferenciadas daquelas destinadas a regular relações jurídicas não consumerista. Nesse ponto, o Código adota tutelas específicas para relações contratuais celebradas entre consumidor e fornecedor o que denota o tratamento diferenciado que o legislador quis atribuir a tais relações. São exemplos desse tratamento jurídico peculiar, dentre outras:

- A boa fé, equidade e equilíbrio regente dos contratos de consumo (art. 4º, III CDC);
- A solidariedade legal dos causadores dos danos (art. 7º, P.U CDC);
- A proibição de cláusulas abusivas com imputação de nulidade de pleno direito das interpretação mais favorável ao consumidor nos contratos de consumo (art. 47 CDC);
- Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (art. 28 CDC).
- Tais Princípios, somados às disposições relativas à defesa do consumidor em juízo (art. 81 e Ss.) e a disciplina adotada para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos fizeram da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 uma norma moderna e eficiente, com regras e instrumentos adequados para a defesa do consumidor no mercado de consumo - em regra inaplicáveis em outras relações jurídicas.

Essa eficiência normativa da Lei consumerista tem se destacado com a crescente conscientização de que Código de Defesa do Consumidor não visa à ruína de nenhum dos atores da relação de consumo. Visa sim assegurar o desenvolvimento econômico fundado tanto na economia de mercado e na livre concorrência, como na valorização do trabalho humano e na existência digna da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social estabelecidos na Constituição Federal. É isso que o tem tornado eficiente.

3. RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que fez com os elementos da relação de consumo - consumidor, produto ou serviço, não estabeleceu um conceito legal de relação de consumo, papel que coube a doutrina.

Para o Professor Ronaldo Alves de Andrade: “relação de consumo é a relação havida entre consumidor e fornecedor envolvendo a aquisição, por este último, de qualquer produto ou serviço para consumo final”²¹.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a proteção do consumidor tornou-se palpável, perceptível. A relação de consumo interessa na medida em que “tendo o consumo o fim cronológico ou teleológico do circuito econômico corresponde também função de todos os homens”²².

O Código de Defesa do Consumidor disciplina as relações de consumo, fornece normas gerais e estabelece os princípios que regem referidas relações. A relação de consumo é formada por sujeitos: fornecedores e consumidores; pelos objetos; produtos e serviços.

Relação de consumo é a conexão entre fornecedor que a título oneroso, oferece um produto ou presta um serviço a quem o adquire ou utiliza como destinatário final. Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e prestação de serviços, a título gratuito, quando se realizem em função de uma eventual relação de consumo.

²¹ Curso de Direito do Consumidor. 2006. p 47.

²² PAULA, Adriano Perácio de. Arbitragem na Relação de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, nº. 32, RT. 1999. .P 116.

Para José Geraldo,²³ toda relação de consumo configura-se quando: envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente do produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviços ou produtos (produtor e fornecedor); Destina-se a satisfação de uma necessidade do consumidor; Consumidor não dispondo, por si só de controle sobre produção de bens ou prestação de serviços que lhe são destinados arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Isso decorre da situação de hipossuficiência que o detentor da força de trabalho experimenta em face do mesmo protagonista da atividade econômica ou seja os detentores dos meios de produção. Não é por acaso o movimento consumerista surgiu com o movimento trabalhista sobretudo a partir da segunda metade do século XIX.

3.1 CONCEITOS DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

A relação de consumo se caracteriza quando há, de um lado, um fornecedor de bem ou serviço e de outro, um consumidor final deste produto ou serviço. Deste modo passamos a conceituar o consumidor, de acordo com o disposto no art. 2º do CDC²⁴, que *in verbis* preceitua:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Sobre o conceito de consumidor o professor José Brito Filomeno esclarece:

Consumidor é qualquer pessoa física que isolada ou coletivamente contrata com consumidor final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de serviços e deve equiparar-se a consumidor a coletividade que potencialmente esteja sujeita ou propensa a referida contratação caso contrário se deixaria a própria sorte, por exemplo público alvo de campanha publicitária enganosas ou abusivas, ou sujeita ao consumo de produtos ou serviços nocivos ou perigosos a sua saúde ou segurança.²⁵

²³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. p 28

²⁴ Utilizaremos a abreviatura CDC para expressar Código de Defesa do Consumidor.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto, p 27.

A respeito da interpretação do artigo 2º do CDC existem duas correntes doutrinárias que trata do conceito de consumidor.

Pode-se delimitar a existência de duas correntes que discutem sobre a abrangência que se deve conter o conceito de consumidor, quais sejam a finalista e a maximalista. Sobre a teoria finalista o advogado, Robson Zanetti, esclarece:

A teoria finalista é restritiva, ela parte de um conceito econômico de consumidor e entende que não basta ser o adquirente ou utente destinatário final fático do bem ou serviços, deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. Para a teoria finalista, a qualidade das partes é observada como um critério determinantes para ser direcionar a proteção do consumidor.²⁶

Para Claudia Lima Marques:

O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático) aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.²⁷

A corrente finalista é a precursora²⁸ do direito consumereista, buscando efetivamente conceder a tutela protetiva especial aquela categoria de pessoas que efetivamente sejam vulneráveis na relação Jurídica.

Interessante a lição de Gustavo Passarelli da Silva a respeito do tema:

Esta corrente (finalistas) restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.. Continua o autor referenciado, mencionando as vantagens atribuídas a essa teoria, dizendo que Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.²⁹

²⁶ ZANETTI, Robson. **A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7543>>. Acesso em: 07 junho de 2007, às 19 horas.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime nas relações contratuais**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999. P. 150.

²⁸ SILVA, Gustavo Passarelli da. **A possibilidade alteração dos contratos no novo Código Civil e a necessária revisão do conceito de consumidor previsto na Lei nº 8.078/90**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4046>>. Acesso em: 07 jun. 2007.

²⁹ Idem, ibidem.

Segundo o autor Robson Zanetti³⁰ a teoria Finalista foi adotada entre outros autores por Cláudia Lima Marques, Fabio Konder Comparato, Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin, José Geraldo Brito Filomeno e Alberto do Amaral Junior.

A teoria maximalista, por sua vez confere maior extensão ao conceito de consumidor, posto entender ser o Código de Defesa do Consumidor uma legislação que trata das relações de consumo em si, e não somente dos direitos do consumidor.

Vejamos os comentários de Cláudia Lima Marques, a respeito da interpretação extensiva do art. 2º do CDC, adotada pelos maximalistas:

Quanto aos maximalistas, vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger o consumidor não-profissional. Código de Defesa do Consumidor seria código geral sobre consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes de mercado, os quais podem os papéis ora de fornecedores ora de consumidores. A definição do art. 2º (CDC) deve ser interpretado o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possa ser aplicadas a um numero cada vez maior de relações de mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou Jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. destinatário final seria o *destinatário fático* do produto aquele que o retira do mercado e utiliza ;o consome por exemplo: a fabrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire cantas para uso nas repartições, e, é claro donas-de-casa que adquire produtos alimentícios para sua família.³¹

Na mesma esteira é a lição de James Marins *Apud* Ronaldo Alves de Andrade:

Em suma o conceito geral de consumidor estabelecido neste artigo 2º, refere-se explicitamente a aquisição ou utilização em caráter final, ou in verbis, consumidor é aquele que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final, não contemplando como consumidores, genericamente, aqueles que adquirem o produtos ou serviços na fase intermediaria, como revendedores ou seja aqueles que adquirem e revendem o mesmo produto, ou apenas adquirem o produtos para transforma-lo ou mesmo implementa-lo em outro.³²

³⁰ ZANETTI, Robson. **A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7543>>. Acesso em: 07 junho de 2007, às 19 horas.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime nas relações contratuais**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 67.

Opondo-se a teoria maximalistas Carlos Alberto Parussolo afirma que:

Que são abarcadas pelo regime do código com as relações de com os consumidores finais. Apartam-se, pois de seu contexto, as operações referentes ao denominado 'consumo intermediário' ou seja decorrente de uso para empresas bens ou serviços para o próprio processo produtivo compreendo pois, bens chamados indiretos ou de produção ou seja que na satisfazem diretamente a necessidade, ou porque requerem transformação para consumo como as matérias primas em que atuam como instrumentos, como as máquinas, combustíveis e outros.³³

Verifica-se que os maximalistas defendem uma interpretação extensiva do art.2º do CDC, posto entender ser a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, uma legislação de consumo em si, e não somente dos direitos dos consumidores. Já os adeptos da corrente Finalistas defendem uma interpretação restrita do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Entende-se que a teoria Finalista é a corrente mais apropriada, haja vista que mais se aproxima dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor e em especial com o princípio da vulnerabilidade.

Segundo o autor Robson Zanetti,³⁴ são defensores da teoria objetiva ou Maximalista: Duciran Van Marsen Faren, Arruda Alvim Thereza Alvim, Eduardo arruda Alvim e James Marins.

A corrente Majoritária é a Finalista pois artigo 4º, I, do CDC prevê a pedra de toque de todo sistema protetivo e que é essencial segundo a doutrina majoritária (finalista). A questão fundamental é o reconhecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Conceito de fornecedor

O conceito legal de fornecedor é bastante amplo e abrange e todas as pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem personalidade, que de qualquer forma atue no mercado de consumo, desenvolvendo atividades que vão da produção a comercialização final do produto ou do serviços.

³² ARRUDA ALVIM, Teresa, ARRUDA ALVIM, Eduardo; SOUZA, James M. Marins de. Apud Ronaldo Alves de Andrade. Curso de Direito do consumidor. P. 19.

³³ PARUSSOLO, Carlos Alberto Parussolo. Visão do Leasing em face do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Nº. 32, RT. 1999. .P 120.

³⁴ ZANETTI, Robson. **A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7543>>. Acesso em: 07 junho de 2007, às 19 horas.

Vejamos o conceito de Fornecedor de acordo com o Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis* :

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A respeito do conceito de fornecedor o professor José Geraldo Brito Filomeno, explica:

Por conseguinte, é que são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender as necessidades dos consumidores, sendo dispendioso indagar-se a que título, sendo relevante isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores ,ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital solidariedade para a obtenção efetiva da proteção que se visa a oferecer os mesmos consumidores.³⁵

O Código de Defesa do Consumidor optou por utilizar um termo não restritivo, como termo industrial, vendedor ou prestador de serviços, para designar o ocupante de um dos pólos da relação de consumo. Fez uso sim da expressão fornecedor, ampla o suficiente para abranger qualquer daqueles além de outros que possam existir ou venha a existir.

Fornecedores são ainda os denominados entes despersonalizados, assim entendidos os que, embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços.

Para Maria Helena Diniz, estes entes despersonalizados “se formam independentemente da vontade dos seus membros ou em virtude de um ato jurídico que os vincula as pessoas físicas em torno de bens que lhe suscitam interesses”³⁶.

Desse conceito importante ressaltar a inclusão dos entes despersonalizados no rol de fornecedores, pois na vida prática, nos deparamos com muito destes entes que embora não sejam dotados de personalidade ou capacidade judiciária. Podemos citar como exemplo massas falidas e espólios entre outros. Inclui-se ainda no conceito de fornecedor as sociedades

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. 6ª ed.1999.p. 40.

³⁶ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. V1, 20ª ed. São Paulo: Saraiva. P.250.

irregulares ou de fato que, por não ser constituída regulamente e portanto não dotadas de personalidade, não podem subtrair-se à responsabilidade perante o consumidor.

Vejamos o julgado em que uma instituição financeira está na condição de fornecedora de serviço. Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

Apelação Cível N. 441.467-9 - Belo Horizonte - 14.10.2004 Ementa: Responsabilidade Civil - Desvio De Dinheiro De Conta Corrente - *Home Banking* - Relação De Consumo - Responsabilidade Objetiva - Falha No Serviço - Falta Da Segurança Esperada Pelo Consumidor - Fato De Terceiro - Excludente Não Caracterizada - Riscos Previstos E Assumidos Pelo Fornecedor - Dano Moral - Potencialidade Danosa Do Fato. 1 - Em uma relação de consumo o fornecedor responde pelos danos causados pelo defeito na prestação do serviço independentemente de culpa. Tratando-se de um caso de desaparecimento de dinheiro da conta corrente, em decorrência de fraude praticada por terceiro através do serviço de *home banking*, o vício decorre da ausência da segurança que é prometida ao consumidor através da publicidade promovida pelas instituições financeiras. 2 - Nestes casos não se configura a excludente de ilicitude denominada fato de terceiro, uma vez que, não obstante a ação fraudulenta possa até ser considerada inevitável, não era ela imprevisível, visto que a instituição financeira tem conhecimento dos riscos das transações financeiras realizadas através da rede mundial de computadores, e, ainda assim, os assume ao oferecer insistentemente esta forma de serviço aos seus clientes. 3 - É Impossível ignorar a aflição, o desespero e os transtornos decorrentes do sumiço de considerável quantia da conta corrente do consumidor, de sorte estar comprovado o dano moral em face das dificuldades financeiras e do receio de sofrer significativa lesão no patrimônio.³⁷

O julgado acima trata-se de desvio de dinheiro efetuado por *hackers*³⁸ através do serviço bancário oferecido pela instituição financeira ao cliente através da Internet, na qual foi reconhecido a responsabilidade objetiva do fornecedor, em decorrência de falha na prestação do serviço..

3.2 CONCEITOS DE PRODUTO E SERVIÇO.

Produto

O objeto da relação de consumo é o produto ou serviço o parágrafo 1º do artigo 3º do Código de defesa do consumidor define produto como qualquer bem móvel ou imóvel ou imaterial. Essa noção é ampla e abrange todo bem corpóreo e incorpóreo, de modo que podem ser considerados produtos tanto uma casa como um software. A abrangência dada pelo

³⁷ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**.. Relator: Des. Elias Camilo, Belo Horizonte 29 de outubro de 2004. Disponível em: < www.tj.mg.gov.br > Acesso em: 18 de abril de 2007 às 08:30 horas.

³⁸ Indivíduos que elaboram e modificam software e hardware de computadores, seja desenvolvendo funcionalidades novas, seja adaptando as antigas.

microsistema do consumidor revela a nítida intenção do legislador de trazer para o sistema protetor toda relação Jurídica de fornecimento de consumo.

Em relação ao produto como objeto das relações de consumo o Jurista José Geraldo Brito Filomeno, explica:

As relações de consumo, nada mais são do que relações jurídica por excelência, pressupondo, por conseguinte, dois pólos de interesse: o consumidor e fornecedor e a coisa objeto desse interesse. Tal objeto consiste em “produto” ou serviço. O parágrafo 1º da lei 8.078 de 1990 fala em “produtos”, definindo-o como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Melhor, entretanto, no nosso entendimento, seria falar em bem e não produtos, mesmo porque como notório primeiro termo é bem mais abrangente do que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, aliás, a boa técnica Jurídica, bem como a economia política.³⁹

Além do produto físico, ou seja, de sua composição material não se pode perder de vista que o consumidor não busca o produto físico mas a sua utilidade e a própria satisfação pessoal., podemos citar como exemplo o consumidor que adquire determinado analgésico, ele não está interessado na composição química do produto, mas da utilidade ou eficácia do medicamento ou produto.

Serviço

Conceito de serviços de acordo com o Art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Para Ronaldo Alves de Andrade serviço pode ser conceituado como:

Atividade humana, que na economia apresenta-se como um setor distinto e bastante lucrativo, pois proporciona a criação de empresas que organiza determinada atividade para atuar no mercado de consumo, afim de suprir as necessidade do homem moderno, que em geral não tem tempo ou conhecimento para desenvolver determinada atividade.⁴⁰

Pode-se dizer que serviço é o desempenho de alguma atividade diversa do fornecimento de bens ou produtos. Assim tem-se uma gama de serviços que vão de atividades intelectuais de consultoria a trabalhos braçais de limpeza ou construção civil

³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. 6ª ed.1999. p 44.

Para o professor José Geraldo Brito Filomeno⁴¹ as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, quer nas prestações de serviços aos seus cliente (cobrança de contas de luz, água e outros serviços, ou então expedição de extratos etc.), quer na concessão de mutuo ou financiamentos para aquisição de bens, insere-se igualmente no conceito amplo de serviços. Aliás, o código fala expressamente em atividades de natureza bancária. financeira, de créditos e securitária, aqui se incluindo igualmente os planos de previdência privada em geral, além dos seguros propriamente ditos.

Nesse Sentido: Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Ementa: Apelação Cível nº. 2007.001.1693. Ação reparatória cumulada com ação de repetição de indébito. Dívida contraída por terceiro fraudador perante o Banco réu, o que levou os indevidos descontos no benefício previdenciário da autora. Entendimento emanado da jurisprudência deste Tribunal de Justiça e do STJ, no sentido de que a fraude praticada por terceiro integra os riscos do empreendimento nas relações consumeristas, não se excluindo a responsabilidade do fornecedor de serviços. Configuração de dano moral, na espécie. Hipótese de aplicação, neste caso concreto, das disposições contidas no parágrafo único do art. 42 do CDC. Precedentes deste Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça. Recurso do réu a que se nega seguimento, nos termos do disposto no artigo 557, caput, CPC. Recurso da autora conhecido e provido, conforme autoriza o disposto no artigo 557, 1º-A, CPC. ⁴²

Não obstante a jurisprudência já vinha manifestando no sentido de que as relações mantidas com os bancos podem ser consideradas de consumo, o Superior Tribunal de Justiça unificou essa tendência editando a súmula n.297 com o seguinte teor: “Código de Defesa do Consumidor - Instituições Financeiras – Aplicação. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” (STJ Súmula nº. 297 - 12/05/2004 - DJ 09.09.2004)

Ainda no mesmo sentido veja acórdão proferido pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁴⁰ Obra citada., p.42.

⁴¹ Op.cit. p 45

⁴² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Relator: Des. Célio Geraldo M Ribeiro, Rio de Janeiro. 09 de abril de 2007. Disponível em: < www.tj.rj.gov.br > Acesso em: 18 de abril de 2007 às 10:30horas.

Trata-se da configuração da prestação de serviço na relação de consumo

Agravo Inominado em Apelação Cível. N. 2007.001.07482 Consumidor. Roubo em estacionamento de Shopping Center. Consumidor que logo após retirar R\$ 30.000,00 de sua conta corrente em banco próximo (fls.17), dirige-se a centro comercial para ali comprar passagens e trocar dólares para viagem, sendo roubado dentro do estacionamento (fls.15/16), por dois meliantes a mão armada em motocicleta. Fato testemunhado por segurança do estabelecimento e por policial civil que, segundo consta, teria trocado tiros com os meliantes, e expressamente reconhecido pelo agravado (fls.217-Art.334,II,CPC), que admite não portarem armas os seus funcionários. Sentença de procedência parcial do pedido, condenando o estabelecimento réu ao pagamento dos danos materiais comprovados (R\$30.000,00) e em danos morais (R\$10.000,00). Apelação. Decisão monocrática desta Relatoria, negando seguimento ao apelo com fundamento nas provas acima aludidas, caracterizando-se Fato do Serviço e responsabilidade objetiva (Art.14,CDC) nos termos da súmula 94,TJ RJ, pelo fortuito interno ocorrido que frustrou as justas expectativas do consumidor quanto a segurança do estabelecimento comercial, colacionando julgados desta E. Corte e STJ. Interposição de Agravo Inominado. Pretensão de reforma do *decisum* monocrático, sob as alegações de: (i) que não é *shopping center*, mas condomínio comercial; (ii) que em momento algum houve prova acerca do testemunho do fato por um policial civil; (iii) que por força maior, o evento fora imprevisível e inevitável, por não portarem seus seguranças armas de fogo e que a jurisprudência colacionada na sentença só se aplica à furto e roubo de auto em estacionamento, sendo inaplicável a súmula 130,STJ; (iv) que não há prova quanto ao valor da quantia roubada, e que não houve inversão do ônus da prova para tanto, e, ao final, (v) que inexistente o alegado dano moral em função da força maior, excludente de responsabilidade do agravante. Reedição das mesmas alegações contidas no apelo, que já foram apreciadas e objetivamente rechaçadas na linha da jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ. Irrelevância jurídica quanto às características específicas do modelo empresarial arquitetônico, bastando, para a lei, que se trate de fornecedor de produtos e serviços se valendo de área de estacionamento fechado e vigiado para atrair clientes (art.3º,§2º,CDC). Documento oficial (R.O) formulado por autoridade policial que, ao narrar a dinâmica fática, aponta como testemunha um policial civil, merecendo, ao menos, o status de indício e começo de prova, até porque inclui também um funcionário do estabelecimento como testemunha de visu (fls.14) estando em harmonia com o contexto probatório. Alegação de força maior (Art.14,§3º,CDC - imprevisibilidade e inevitabilidade) que, além de configurar confissão expressa quanto à imprevidência e despreparo do estabelecimento para a guarda dos bens e segurança dos consumidores, pretende subverter as consequências jurídicas da existência e exploração rentabilíssima de estacionamento junto às suas lojas. Forma ostensiva de segurança desarmada que só pode ser atribuída como responsabilidade ao fornecedor do serviço e jamais ao consumidor. Súmula 130,STJ que em interpretação analógica e sistemática com a súmula 94, desta Corte, autoriza a conclusão pela responsabilidade do fornecedor por roubo de bens em estacionamento empresarialmente explorado. Valor do roubo que se encontra em documento acostado à inicial (fls.17) sendo compatível o horário e finalidade de sua retirada com os acontecimentos narrados. Julgados colacionados pela decisão monocrática que se aplicam como cota de malha ao caso sub examen, com destaque para o precedente do STJ.⁴³

O julgado acima refere-se a má prestação de serviço em decorrência da falta de segurança e um dos fundamentos da decisão foi baseado no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que trata da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço. Funda-se esta

⁴³ RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Relator: Des. Orlando Secco, Rio de Janeiro. 27 de março de 2007. Disponível em: < www.tj.rj.gov.br > Acesso em: 18 de abril de 2007 às 10:00horas.

na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa.

3.3 PRINCÍPIOS REGEDORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O vocábulo princípio é equívoco porque tem mais de um sentido, podendo significar início, causa primeira ou norma de princípio.

Celso Bandeira de Melo com propriedade assevera que princípio jurídico é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁴⁴

A força normativa dos princípios jurídicos é muito maior que a das simples regras de direito, porque estas vigem na exata medida em que não colidem com aqueles. A função própria dos princípios consiste, justamente, em dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas e gerando novas regras em caso de lacunas.

3.3.1. Princípio da vulnerabilidade

Este princípio dita que o consumidor deve ser tido como a parte mais vulnerável na relação de consumo, uma vez que, em geral encontra-se em uma posição debilitada. Daí observa-se o ensinamento do Prof. Ronaldo Alves de Andrade:

O princípio da vulnerabilidade do consumidor diz respeito ao desconhecimento tecnológico do produto ou do serviço, e não a sua capacidade financeira. Dessa forma, um consumidor pode até ser mais abastado do que o fornecedor e vulnerável na relação de consumo – v.g., o caso de um rico empresário que consome um sanduíche em uma barraca de rua: certamente ele não é comparado ao fornecedor economicamente vulnerável, mas ostenta esta qualidade em relação ao conhecimento do produto que é totalmente dominada pelo fornecedor.⁴⁵

O *caput* do Art. 4º da Lei nº. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) é claro ao estabelecer que o fim supremo das relações de consumo deve ser o atendimento efetivo aos

⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p 807.

⁴⁵ Op.cit. p.55.

anseios e necessidades dos consumidores, devendo possuir total observância valores como o respeito à sua dignidade, bem como a proteção de seus interesses econômicos.

Para José Geraldo Brito Filomeno,⁴⁶ a respeito do princípio da vulnerabilidade do consumidor entende que no âmbito da tutela especial o consumidor, este é a parte mais fraca ou vulnerável, pois deve se levar em conta o conhecimento do processo de fabricação de produto ou serviço.

Nesse sentido: Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Comarca de Cuiabá – MT

E M E N T A. Agravo de Instrumento nº. 12400/2005 - Classe II - Ação Cominatória - Operadora de Plano de Saúde - Negativa de Tratamento de Combate Ao Câncer - Procedimento de Radioterapia - Possibilidade - Risco de Vida - Bem Jurídico Superior - Prestação de Caução - Desnecessidade - Recurso Improvido. 01. Diante da presença dos requisitos *periculum in mora et fumus boni juris*, em virtude de grave patologia que acomete o paciente, é de se manter a medida liminar concedida, determinando a cobertura do tratamento médico indicado. 02. O CDC é aplicável às relações decorrentes de planos de saúde, *ex vi* do art. 35-G, da Lei nº. 9.656/98. Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC), interpretam-se do modo que lhe for mais favorável as regras contratuais. Recurso improvido.⁴⁷

O Código de Defesa do Consumidor consagrou o princípio da vulnerabilidade, reconhecendo o consumidor como a parte mais frágil na relação de consumo. Na verdade, isso ocorreu em conformidade com a Resolução da ONU⁴⁸ 39/248 de 1985, que estabeleceu em seu art. 1º que o consumidor é a parte mais fraca, denotando, então, tal reconhecimento em âmbito mundial⁴⁹.

A explicação para tanto se verifica no fato de que o consumidor é aquele que acaba por submeter-se ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, ou seja, dos empresários, pois não tem aquele, os conhecimentos técnicos necessários a elucidar quaisquer questões que envolvam o produto adquirido ou o serviço prestado, sejam elas referentes à produção, vícios, oferta, modo de execução do serviço etc., tendo em vista a especificidade que lhes é inerente. O que se objetivou com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor foi, antes de qualquer coisa, a facilitação de sua defesa.

⁴⁶ Op.cit. p.55.

⁴⁷ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça, Cuiabá, 29 de junho 2005. Disponível em: < www.tj.mt.gov.br > Acesso em: 19 de abril de 2007 às 13:30 horas.

⁴⁸ Organização das Nações Unidas.

3.3.2. Princípio da Boa-Fé

Princípio da boa fé, antes de ser um princípio legal, é de ordem moral, que deve reinar em qualquer relação humana.

Para Cláudia Lima Marques:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida,” uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos agindo com lealdade, sem abuso sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁵⁰

A boa fé é um dos princípios do Código de Defesa do Consumidor que orienta toda a conduta contratual e traz a idéia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações contratuais. Refere-se aquela conduta que se espera das partes contratantes, com base na lealdade.

Princípio da boa-fé segundo Maria Helena Diniz:

O Princípio da boa-fé está intimamente ligado não só a interpretação do contrato pois, segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida na declaração de vontade das partes – mas também ao interesse social de segurança das relações Jurídica, uma vez que as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, isto é proceder com boa-fé(...) a função social do contrato busca a boa-fé dos contratantes, a transparência negocial e a efetivação da justiça contratual(...). Em caso de relação de consumo, haverá nulidade, de pleno direito, das cláusulas abusivas. Desleais ou leoninas, como p.ex. as que: a) Exonerarem ou atenuarem a responsabilidade do fornecedor por vícios dos produtos ou serviços, ou transferirem responsabilidade a terceiros; b) prescreverem a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; c) autorizarem o fornecedor a cancelar, modificar o contrato ou variar o preço unilateralmente. A nulidade de cláusula, que contiver conteúdo desleal, não invalidará o contrato nas relações de consumo, exceto quanto de sua ausência houver ônus excessivo a qualquer das partes(art.51, § 2º, da Lei 8.078 de 1990).⁵¹

A boa-fé, em sentido amplo, é o sentimento intrínseco de crença que o indivíduo traz consigo, ou seja, no plano particular, de atuar corretamente, convicto de estar agindo conforme o direito. É uma manifestação estritamente psicológica e, portanto, contrapondo-se

⁴⁹ GUGLINSKI, Vitor Vilela. **O princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 210, 1 fev. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4706>>. Acesso em: 11 jul. 2007.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime nas relações contratuais**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999. P. 150.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. p 39.

à má-fé, caracterizando sua inexistência como atuação dolosa. Entretanto, quando se fala em boa-fé objetiva, também conhecida como boa-fé obrigacional, não há que se levar em consideração o fator psicológico caracterizador da boa-fé subjetiva, pois aquela configura-se como um dever de agir conforme modelos socialmente aceitos, de forma que a relação jurídica seja conduzida de forma honesta, leal e correta, ou seja, sua feição objetiva impõe um padrão de conduta aos que se obrigam na relação jurídica.

Nesse sentido: Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Comarca de Cuiabá – MT.

Ementa. Recurso de Apelação Cível – Classe Ii – 20 - Nº. 26.705- Ação De Revisão Contratual – Código de Defesa Do Consumidor - Norma de Ordem Pública - Aplicação - Capitalização Dos Juros - Inadmissibilidade – Juros Constitucionais (Artigo 192, §3º da Constituição Federal) - Inaplicabilidade - Ausência De Lei Complementar - Comissão De Permanência - Exclusão - Indexador - Inpc - Multa Contratual - Aplicação Correta - Compensação Entre Os Valores Depositados E Os Devidos - Procedência – Recurso Parcialmente Provido ⁵².

O Código de Defesa do Consumidor, consoante entendimento jurisprudencial predominante, aplica-se aos contratos bancários, relativando o princípio da força obrigatória dos contratos, possibilitando a revisão das cláusulas consideradas abusivas em nome da Boa-Fé e da proteção dos contratantes. Na hipótese, a capitalização dos juros caracteriza o anatocismo, condenado pelo sistema jurídico vigente.

O Princípio da Boa-Fé visa otimizar o comportamento contratual dos contraentes, principalmente o do fornecedor de produtos e serviços, que com o crescente desenvolvimento tecnológico, o crescimento da demanda do mercado de consumo e a falta de cultura jurídica da população de um modo geral, a cada dia se torna parte mais forte nesse tipo de relação, o que, via de consequência, resulta no desequilíbrio da relação jurídica que se forma.

3.3.3. Princípio da Harmonização dos Interesses Consumidor e Fornecedor.

Princípio da Harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor no mercado de consumo, harmonizar é compatibilizar interesses antagônicos com a finalidade de obter um ponto ótimo. O código de Defesa do Consumidor tem como finalidade harmonizar e tornar justa a relação de consumo.

⁵² MATO GROSSO. Tribunal de Justiça, Cuiabá, 28 de agosto 2002. Disponível em: < www.tj.mt.gov.br > Acesso em: 19 de abril de 2007 às 18:00horas.

Veja o entendimento do Professor José Geraldo Brito Filomeno:

Assim é que, se o consumidor é a parte mais vulnerável nas sobreditas relações de consumo, não se compreende exageros nessa perspectiva, a ponto de, por exemplo, obstar-se o progresso tecnológico e econômico. O chamado “interesse difuso” é por si só intrinsecamente conflituoso, devendo sempre se busca o equilíbrio, baseado na natureza das coisas e no bom senso. Assim, por exemplo, se é certo que se deva preservar as florestas, não menos certo é que se deverão abrir novos campos de cultura agrícolas, cabendo as partes interessado bem equacionar o chamado “impacto ambiental”, para que sem prejuízo ao interesse da preservação do habitat, ou com m o mínimo de prejuízo possível, também se atenda a necessidade de produção e alimento.⁵³

Para o Professor Rizzatto Nunes⁵⁴ a harmonia da relação de consumo nasce dos princípios constitucionais da Isonomia, da Solidariedade e dos princípios gerais das atividades econômicas. Rizzatto Nunes acrescenta que “essa harmonização nasce fundada na boa-fé e no equilíbrio”⁵⁵.

Ainda no âmbito da harmonização da relação de consumo o princípio do equilíbrio que pretende concretamente, a realização do princípio magno da justiça (art.3º, I, da Constituição Federal). “Relações jurídicas equilibradas implicam a solução do tratamento eqüitativo”⁵⁶.

Assim, verifica-se a importância do princípio da harmonização dos interesses do consumido como base de toda a Ciência Consumerista, configurando esta como uma conquista histórica em favor do consumidor, como decorrência dos tempos modernos. Dessa maneira, para um perfeito entendimento do Sistema de Proteção do Consumidor, cabe a necessidade da análise do referido princípio para uma conseqüente aplicação equânime da lei, Tendo em vista que a harmonização dos interesses do consumido é um dos alicerces da defesa do consumidor.

⁵³ ⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed 1999. p 60.

⁵⁴ Curso de Direito do Consumidor. p125.

⁵⁵ Idem, ibidem. op.cit p127.

⁵⁶ Idem, ibidem. op.cit p129.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

4.1. ORIGEM HISTÓRICA

Importante no decorrer do trabalho uma abordagem histórica do Instituto da desconsideração da personalidade Jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade Jurídica, desenvolveu-se tendo em vista uma nova realidade gerado pelo capitalismo industrial, neste período começaram a surgir as distorções no uso da pessoa Jurídica, que por meio dos grupos de sociedade o controlador emprestaria a entidade, sob seu comando, destinação contraria a sua finalidade para que a mesma fora construída.

O caso clássico sempre citado como exemplo de uso de forma abusiva da pessoa Jurídica, é o caso Salomon v. Salomon, julgado na Inglaterra em 1897.

Sobre caso Salomon, Rachel Sztajn,⁵⁷ relata que Salomon era um comerciante de couro que constituiu uma sociedade por ações, que no sistema inglês deveria ser composta por sete pessoas, Salomon, a mulher e os filhos que totalizaram esse numero, mas a distribuição das ações foi assim: uma ação para a mulher e cada um dos cinco filhos e cerca de 20.000 ações para ele, Salomon a seguir Salomon transferiu seus negócios para a sociedade, incluindo os estoques e carteira de clientes e mais adiante concedeu empréstimo a sociedade, obtendo garantia (debênture como garantia flutuante). Quando a sociedade se tornou insolvente, Salomon exerceu seu direito de debenturista contra a companhia, e deixaria de pagar aos demais credores. O juiz entendeu que a sociedades confundia com Salomon e que dessa forma seu crédito não deveria ser privilegiado a sentença foi reformada pelo tribunal

sob o argumento que as formalidades legais de constituição da sociedade haviam sido observadas que Salomon e a companhia eram pessoas distintas.

A autora Adriana Carrera Calvo,⁵⁸ afirma que o julgamento do caso Salomon foi muito importante para o direito comercial Inglês, pois a partir desse caso firmaram-se dois princípios fundamentais, a saber: divergência entre a personalidade jurídica da sociedades e dos sócios e a legitimação de sociedade de uma só pessoa.

Apesar de caso “Salomon” ter sido de grande repercussão mundial, não teria sido o primeiro caso a dá início a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. De acordo com Suzy Elizabeth Cavalcante Koury *Apud* Eduardo Lessa Bastos “A origem da teoria da desconsideração da Personalidade Jurídica se deu nos Estados Unidos, em 1809, com o caso *Bank of Unites vs. Devaux*”⁵⁹.

Quanto a evolução doutrinária do Instituto da desconsideração da Personalidade Jurídica no direito brasileiro o Professor Márcio André Medeiros Moraes, ressalta:

O jurista paranaense Rubens Requião, foi o primeiro jurista nacional a tratar do tema de forma sistematizada, em 1969, com o artigo “abuso de direito e fraude através da pessoa Jurídica”. Demonstrando, conforme a compatibilização entre a *disregard* e o nosso direito, propagando pelo sua aplicação, a despeito da ausência de dispositivo legal exposto sobre o assunto. Propôs e teve êxito, a versão da *disregard of legal entity* para “desconsideração da personalidade Jurídica, sintetizou a teoria da desconsideração da personalidade Jurídica, como a que autoriza o juiz a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa Jurídica, em relação às pessoas que a compõem sempre que a mesma for utilizada como instrumento na realização de fraude ou abusos de direito.”⁶⁰

De acordo com Eduardo Lessa,⁶¹ noticia que a primeira decisão acolhendo a teoria da desconsideração da personalidade Jurídica no Brasil foi do Juiz Antonio Pereira Pinto, no rumoroso caso da Predial Corcovado S.A, e que se encontra publicada na revista Forense, volume 188, pág.269/282, nessa sentença de 25 de fevereiro de 1960, o Juiz da 11ª Vara

⁵⁷ SZTAJN, Rachel. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Revista de Direito do Consumidor, n.2.Ed.Revista dos Tribunais,São Paulo, p.70.

⁵⁸ CALVO, Adriana Carrera. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito do Trabalho**. Disponível em http://jusvi.com/dbfiles/doc_file_texts_296.doc. Acesso em 26 de maio de 2007, às 15:30 horas.

⁵⁹ BASTOS, Eduardo Lessa. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p.3.

⁶⁰ MORAES, Márcio André Medeiros. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de defesa do Consumidor**. São Paulo: LTR,2002, p 75

⁶¹ Op.cit. p.24

Cível do então Distrito Federal, examina detalhadamente a obra de SERICK⁶², e termina por adotar suas conclusões.

Verifica-se que no Brasil a teoria da desconsideração da personalidade Jurídica foi lentamente ganhando forças e se desenvolvendo por meio de esporádicas decisões judiciais e posteriormente com estudos de doutrinadores como Rubens Requião, Fábio Konder Comparato, dentre outros.

4.2. CONCEITO

A palavra desconsideração, significa tornar sem efeito, ignorar, anular, ou seja, não reconhecer a personalidade Jurídica de determinada sociedade. Pode-se dizer que o instituto da desconsideração da personalidade Jurídica consiste em não mais separar as pessoas do sócio e sociedade, tornando os primeiros também suscetíveis de responder pelas obrigações contraídas pela sociedade da qual fazem parte.

No aspecto conceitual, Marlon Tomazette,⁶³ faz considerações importantes sobre a distinção entre o termo desconsideração e despersonalização, pois a despersonalização da pessoa jurídica “objetiva anular a personalidade”, o que não ocorre na desconsideração, “nesta não se anula, mas se protege a personalidade, ou seja, não se trata de despersonalização” (anulação definitiva da personalidade, mas de simples desconsideração, retirada momentânea de eficácia da personalidade).

Para o autor Fábio Ulhoa Coelho, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica “não implica a anulação ou o desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica”.⁶⁴

Para o Professor Rizzatto Nunes, o vocábulo “desconsideração” tem de ser tomado no sentido de desprezo. “O juiz não irá “dissolver” a sociedade, considerá-la extinta, mandar

⁶² Fazendo referência Rolf Serick, jurista alemão e estudioso do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

⁶³ TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. 2. ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.p. 72.

⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. V2, 5ª ed. São Paulo. V2, 5ª ed.2002.p.40

apurar haveres, etc. Irá pura e simplesmente agir como se a pessoa Jurídica não significasse obstáculos ”⁶⁵.

Observe as anotações autor Luciano Amaro sobre o conceito da desconsideração da pessoa jurídica:

A desconsideração da pessoa Jurídica é uma técnica casuística (e portanto de construção pretoriana) de solução de desvio de função da pessoa Jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa Jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo.⁶⁶

Percebe-se a desconsideração da personalidade Jurídica é o instituto no qual se suspende temporariamente a personalidade Jurídica da pessoa jurídica visando ressarcimento por algum prejuízo ou dano causado ao consumidor em decorrência de má prestação de serviço ou produto defeituoso dentre outras situações que possa ocasionar prejuízo ao consumidor.

4.3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.3.1. Condições da Ação da Relação de Consumo

Em se tratando de ação individual, as condições da ação nas relações de consumo são as idênticas as das ações civilista, ou seja, deverão ser observadas as regras processuais estabelecidas no Código de Processo Civil quanto a legitimação para agir, a possibilidade jurídica e ao interesse processual.

Todavia em relação à ação coletiva, somente quanto a possibilidade jurídica do pedido aplica-se as regras ordinariamente previstas no Código de Processo Civil, pois quanto a legitimação e ao interesse processual, o CDC, trouxe importantes mudanças, alterando sensivelmente estas duas condições da ação no que se refere as ações coletivas.

⁶⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.p.683

⁶⁶ AMARO, Luciano. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor. N.5, São Paulo, RT, Janeiro/Março de 1993. p 173.

De acordo com o autor Ronaldo Alves de Andrade, em relação à ação coletiva somente quanto à possibilidade jurídica do pedido aplicam-se as regras previstas no Código de Processo Civil, haja vista que quanto a legitimação e ao interesse processual a ação coletiva é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

4.3.1.1. Legitimidade para a causa nas ações coletivas derivadas de relação de consumo

A legitimidade para a causa ordinariamente decorre da ligação das partes - ativa e passiva com o objeto da ação de forma que ordinariamente existe uma estreita ligação entre autor e réu com referência ao objeto da ação.

Vejamos o que preceitua o Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 82 - Para os fins do Art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º - O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no Art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O autor Ronaldo Alves de Andrade⁶⁷ entende que o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor trata de legitimação extraordinária, pois nas ações coletivas, a legitimação é extraordinária, porque o autor da ação estará sempre pleiteando direito alheio em nome próprio, e o provimento jurisdicional aproveitará a toda a coletividade, isto é, alcançará pessoas que não integram a relação processual.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentário ao art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, determinam:

Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige prozeßführungsbefugnis*), ordinária. Quando a ação coletiva for para a tutela de

⁶⁷ Idem, ibidem 483

direitos individuais homogêneos, haverá substituição processual, isto é legitimação extraordinária.⁶⁸

Nelson Nery Junior reafirma tal posicionamento ao comentar o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos “prejudicados pela poluição”, pelos “consumidores de energia elétrica”, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo não é extraordinária, mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige prozeßführungsbefugnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.⁶⁹

Quanto a legitimação de entes públicos sem personalidade jurídica Kazuo Watanabe⁷⁰, pondera, que o legislador não se limitou a ampliar a legitimação para agir, mas foi além e atribuiu legitimação *ad causa* a entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que se fazia necessário para que órgãos públicos como o PROCON(grupo executivo de proteção ao consumidor)bastante ativo e especializado em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo.

4.3.2. Inversão do Ônus da Prova

Outro aspecto processual importante na relação de consumo é a inversão do Ônus da prova.Toda pretensão relaciona-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. Deduzindo a pretensão em juízo, ao autor da demanda incube afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando o juridicamente e dessa afirmação extraíndo as consequências Jurídica que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

Para os autores, Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a respeito do conceito de prova asseveram: “A prova constitui, pois o instrumento

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1530.

⁶⁹ *Idem*, p. 1.885

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Ed. Forense Universitária, 6ª edição. 1999 p.737.

por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo⁷¹”.

Em síntese pode-se dizer que prova é qualquer elemento material ou imaterial que se preste a prova algum fato que fundamenta o pedido posta na demanda judicial.

Quando se fala em ônus probatório, fala-se da necessidade de provar o fato alegado para vencer a demanda. Segundo o art.333 do Código de Processo Civil ao autor incube provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito do autor. Segundo o art.333, Parágrafo único do Código de Processo Civil, o ônus da prova pode ser alterado contratualmente desde que não recaia sobre direito indisponível, tendo em vista, que o direito envolvido na relação de consumo é disponível, tal regra, é aplicável às relações de consumo quando não ocorrer cláusulas abusivas.

Ao discriminar os direito básicos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu no art.6º, VII a inversão do ônus da prova:

Art.6º, VIII – A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Percebe-se claramente, que a inversão do ônus da prova é uma medida de facilitação da defesa do consumidor criada para conceder ao consumidor privilégio jurídico para equilibrar a relação processual, diante da fortalecida posição do fornecedor, que em geral detém o poder econômico e o tecnológico.

Conforme estabelecido no Art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor os requisitos para a inversão do ônus da prova são a verossimilhança da alegação do consumidor ou sua hipossuficiência, critérios que deverão ser auferido pelo juiz..

A respeito da hipossuficiência na fase do ônus probatório Kazuo Watanabe, cita um exemplo interessante:

⁷¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria

Imaginemos um conflito de interesse entre consumidor e montadora de veículos, que diga respeito a vício de fabricação (...) se o consumidor é uma pessoa dotada de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência mencionada obrigaria o consumidor a assumir o ônus da prova. Não foi isso que o legislador quis estabelecer. Numa relação de consumo, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar o inexistência do vício de fabricação.⁷²

Verifica-se que a vulnerabilidade técnica decorre do fato de o consumidor não possuir conhecimentos específicos sobre os produtos ou serviços que está adquirindo, ficando sujeito aos imperativos do mercado, tendo como único aparato a confiança na boa-fé da outra parte.

4.2.1. Momento da Inversão do Ônus Probatório

Uma vez atendido um, de seus dois pressupostos de admissibilidade, o juiz tem o dever de inverter o ônus da prova em favor do consumidor. Questão processual de grande relevância surge no que tange ao momento em que deva ser declarada a inversão, já que doutrina diverge sobre qual o momento mais adequado para aplicá-la, visto que não há previsão legal que ampare a questão.

Há duas correntes doutrinárias acerca do que foi suscitado. A primeira, defendida por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Jr., v.g., posiciona-se no sentido de que o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova é o julgamento da causa. A outra defende o despacho saneador como momento processual adequado para a inversão do *onus probandi*, esta corrente tem a frente ilustres juristas, tais como: Carlos Barbosa Moreira, Teresa Arruda Alvim e Luiz Antônio Rizzato Nunes e Ronaldo Alves de Andrade.

4.3.2.2. Primeira corrente doutrinária - no saneador

Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 19ª ed.2003. p.349

⁷²GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. 1999. p. 713.

Para os defensores da Primeira Corrente, os principais argumentos para se fazer a inversão nesse momento são a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de garantir o devido processo legal. Arguem os defensores desta corrente, que as partes devem restar cientes quanto à convicção do juiz sobre a concretização dos pressupostos exigidos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, tendo em vista que a inversão não é automática, mas uma faculdade estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, alegam que a inversão do ônus da prova no momento da sentença, após toda a instrução probatória ter sido precluída, seria uma afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da CF/88), causando cerceamento da defesa do fornecedor (ou prestador de serviços), pois ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz já estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo.

Presente que a declaração pelo Estado-juiz da inversão do ônus da prova na sentença afasta qualquer possibilidade de reação do fornecedor, pois, em grau de recurso, não mais é possível a produção de provas e, fatalmente o resultado lhe será desfavorável, mitigando os princípios supra mencionados.

4.3.2.3. Segunda corrente doutrinária - Na sentença

Há o entendimento de que a sentença é o momento processual oportuno para a inversão, visto que somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estaria o juiz apto a deferir ou não a inversão, configurando regra de julgamento e não de procedimento. Os defensores desta posição alegam, ainda, que em face do art. 6º, a inversão não seria fator de surpresa à parte ré, estando a relação processual sob a égide do CDC.

Nas palavras de Kazuo Watanabe:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.⁷³

⁷³GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. 6ª ed. 1999. p. 714.

Apesar disso, Kazuo Watanabe, na mesma obra, afirma que é interessante, de “boa política judiciária” que antes da instrução, o magistrado advirta as partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Assim, com tal providência restará afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa.

No sistema jurídico brasileiro vige o princípio *ne procedat iudex ex officio*, que consiste em o Estado-juiz, órgão prestador da tutela jurisdicional, não exercer a atividade que lhe é peculiar se não for provocado pelo interessado, ou seja, não poderia o juiz inverter o ônus da prova sem o requerimento da parte interessada. O fato é que geralmente a parte autora peticiona tal inversão (inclusive em sede de tutela antecipada), e o magistrado ao não se pronunciar a respeito, pode ensejar a confiança do réu quanto à não-inversão.

4.3.3. Teorias Acerca do Momento Para Requerer a Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

4.3.3.1. Desconsideração no processo de conhecimento

A segurança processual é a característica marcante nesta teoria. Ela procura de forma conservadora preservar estritamente os contornos de todos os institutos jurídicos processuais, envolvidos na aplicação da *disregard doctrine*⁷⁴. A regra encartada no art. 472 do Código de Processo Civil é o principal argumento dessa teoria, preceituando que: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Desta forma, conclui-se que o sócio ou administrador da sociedade caso não tenha participado da lide, não poderá, pelo menos em tese, ser responsabilizado em futuro processo de execução, tendo em vista a inobservância do devido processo legal, sendo essa a diretriz básica da tese ora comentada.

A desconsideração na fase de conhecimento requer para o seu aperfeiçoamento, a adoção do instituto do litisconsórcio facultativo eventual. Cândido Dinamarco o define do seguinte modo:

⁷⁴ Expressão do Inglês que equivale a Desconsideração da Personalidade Jurídica

Há situações que o autor, estando em dúvida razoável sobre a identificação do sujeito legitimado passivamente, tem a faculdade de incluir dois ou mais como réus em sua demanda, com o pedido de que a sentença se enderece a um ou outro conforme venha a resultar da instrução do processo e da convicção do juiz.⁷⁵

Constata-se que o litisconsórcio eventual é admitido pelo art. 289 do Código de Processo Civil, determinando que: “É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior”.

Percebe-se que é radical a idéia da propositura de uma ação cognitiva autônoma apenas contra os sócios, com o fim específico de demonstrar qualquer dos requisitos da desconsideração. A tese do litisconsórcio eventual, já configura um solução lógica, segura e célere para incluir no pólo passivo da demanda a sociedade e seus sócios, formando um único título executivo judicial contra todos que participaram do ato lesivo.

A principal crítica que se pode formular a teoria da desconsideração na fase de conhecimento de forma geral, concerne na ocorrência da carência de ação, seja por falta de legitimidade *ad causam* dos sócios, seja pela inexistência do interesse de agir do demandante perante aos mesmos.

4.3.3.2. Desconsideração por mero despacho na execução

A adoção dessa teoria sustenta a efetivação da desconsideração da personalidade Jurídica apenas quando manejado o processo de execução, por meio de simples despacho judicial.

Afirma-se a ofensa ao devido processo legal nesta teoria, uma vez que verificado a insuficiência patrimonial da sociedade no processo de execução, o magistrado, por via de consequência, determina a penhora de bens do patrimônio dos sócios, que não figuraram no antecedente processo de conhecimento. A autora Elisabeth Cristina Freitas assevera:

Princípios constitucionais como do contraditório e da ampla defesa não podem ser feridos, pois são imprescindíveis, mesmo que, em decorrência deles, o processo demore ainda mais para ser solucionado. O conflito entre celeridade e segurança

⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco. Instituições de Direito Processual Civil. Vol II, 4ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004, pg. 362 – 363.

deve ser analisado caso a caso, para que a solução encontrada seja a mais equânime possível. O princípio da proporcionalidade deve embasar esse exame.⁷⁶

A teoria que propugna a decretação da *disregard doctrine*⁷⁷ por mero despacho na fase executória é a mais frágil das três ora apontadas, acolhendo premissas estruturais que vão de encontro às garantias constitucionais.

4.3.3.3. Desconsideração por meio da instauração de incidente processual na execução

Propugna a presente teoria a instauração de incidente processual durante o curso do processo de execução, a fim de se decretar a desconsideração da personalidade jurídica de um ente coletivo. Esse é um momento em que se tem a certeza da insolvabilidade de determinada sociedade, acrescida muitas vezes das condutas fraudulentas dos seus sócios.

É uma teoria que tem um posicionamento moderado, afastando-se do conservadorismo excessivo ou da liberalidade extrema das anteriores. A consideração deste momento como o mais adequado para a efetivação da desconsideração da pessoa jurídica, é fruto de uma construção processual, dando-se flexibilidade aos institutos jurídicos.

Pauta-se esta tese na observância da segurança jurídica, sendo uma de suas principais características. Os princípios do contraditório e ampla defesa são devidamente aplicados, sem qualquer objeção, uma vez que os sócios terão a oportunidade de promoverem as suas defesas de forma ampla e irrestrita, dado o caráter excepcional da medida.

Ademais, a própria doutrina defensora da aplicação da *disregard doctrine* na fase de conhecimento, admite a possibilidade de decretá-la por meio de incidente cognitivo na execução, quando ocorrer a superveniência dos fatos autorizadores como afirma Marlon Tomazette: “Não há necessidade de uma ação de conhecimento para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, que pode ser determinada incidentalmente em um processo de execução.”⁷⁸

⁷⁶ Elisabeth Cristina Freitas, op. cit., 2002, pg. 165.

⁷⁷ Expressão que será usada durante o trabalho significando Desconsideração da Pessoa Jurídica.

⁷⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica: desnecessidade de uma ação de conhecimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/>>. Acesso em: 19 jun. 2007.

A teoria vertente procura respeitar ao máximo a personalização da pessoa jurídica, os quais são titulares de direito e obrigações próprias, esquivando-se, outrossim, da crítica relativa à carência de ação, formulada à teoria que propugna a desconsideração na fase de conhecimento.

A jurisprudência tem chancelado o posicionamento de que a existência do contraditório é indispensável, não obstante a possibilidade da materialização incidental. A 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça precisou:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. ROMS 14168 / SP; 3ª Turma do STJ. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI (1118), decisão em 30/04/2002, por unanimidade. No mesmo sentido e com o mesmo teor: RESP 332763 / SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0096894-8 ⁷⁹.

Destarte, a doutrina e jurisprudência já admitem a aplicação da desconsideração por meio da instauração de incidente processual na execução, momento no qual se permitirá o amplo debate sobre a causa, preservando, assim, o devido processo legal, sendo uma importante solução encontrada no âmbito processual para a decretação da desconsideração da pessoa jurídica.

4.4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS OUTROS RAMOS DO DIREITO

4.4.1. Código Civil de 2002 e o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

O projeto de Código Civil, ao tratar da desconsideração, estabelecia a expulsão do sócio, ou a dissolução da sociedade, o que foi extremamente criticado pela doutrina, pois além de se distanciar da teoria da desconsideração não atendia aos objetivos da mesma. Todavia, o projeto já foi emendado e passou a ter a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14168 Relª. Ministra Nancy Andrigli, Brasília. Data do julgamento 30/04/2002. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 18 de julho de 2007 às 19:30h.

parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A desconsideração neste particular vem claramente positivada como uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento primitivo da própria teoria da desconsideração. Assim, vê-se que o direito positivo acolhe a teoria da desconsideração em seus reais contornos.

Sobre a Desconsideração da Pessoa Jurídica no novo Código Civil, Maria Helena Diniz, assevera:

Há uma repressão ao uso indevido da Personalidade Jurídica, mediante desvio de seus objetivos ou ilícitos, retirando-se por isso, a distinção entre bens dos sócios e da pessoa jurídica ordenando que os efeitos sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios, recorrendo se assim, a superação da personalidade Jurídica, porque os seus bens não bastam para a satisfação daquelas obrigações, visto que a pessoa jurídica, não será dissolvida nem entrará em liquidação. É uma forma de corrigir fraude em que o respeito á forma societária levaria a uma solução e aos ditames legais⁸⁰.

Percebe-se que o abuso da Personalidade Jurídica poderá ser provado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial. Ao contrário do que possa parecer, nosso código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses do abuso de direito e da fraude. Destarte, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial.

O autor Marlon Tomazette⁸¹ ensina que a nova legislação (fazendo referência ao Código Civil) deixa claro que a desconsideração não extingue a pessoa jurídica, mas estende os efeitos de determinadas obrigações aos sócios e administradores, vale dizer, há uma suspensão episódica da autonomia da pessoa jurídica. Não se trata, em verdade, de uma inovação, pois a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica independe de fundamento legal, e já podia ser aplicada com os mesmos contornos. Todavia, nossa tradição, extremamente ligada ao direito escrito, impõe o acolhimento da teoria da desconsideração

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v1: Teoria Geral do Direito Civil, 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.p.260.

⁸¹ TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em: 20 jun. 2007.

pelo direito positivo, facilitando sua aplicação, tendo em vista a existência de um fundamento legal explícito.

4.4.2 Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito Ambiental

A Lei nº. 9.695/98, regulamentada pelo decreto nº. 3.179/99, que dispõe sobre a tutela do meio ambiente, estabelece a possibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica, quando houver abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial entre a pessoa da sociedade e a pessoa dos sócios.

Em razão de hoje vivermos em uma sociedade de riscos, nascida conjuntamente com surgimento do capitalismo como sistema de produção, onde se passou a buscar o lucro da maneira menos dispendiosa, passando por cima da sustentabilidade do desenvolvimento econômico. Não se medindo esforços para alcançá-lo, o meio ambiente passou a ser degradado de forma devastadora.

Observa-se que os artigos 3º e 4º da lei de crimes Ambientais não tiveram nenhuma contemplação ao tratar da do ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente, conforme se depreende do transcrito abaixo:

Art. 3ª. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único: A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo ato.

Art. 4ª “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

O legislador na confecção desta lei agraciou de maneira ampla o direito ambiental, ao ser reforçada a importância de sua observação pelos diferentes tipos de pessoas, dando relevo as funções preventiva, repressiva, recuperadora e conscientizadora, não sendo condescendente de forma alguma com o praticante de degradação ambiental.

Desta maneira, a Lei nº. 9.605 de 1998 declara a obrigatoriedade do ressarcimento dos prejuízos ao meio ambiente, seja pela pessoa jurídica ou pelas pessoas físicas a ela ligadas, penetrando sempre que se fizer necessário, no patrimônio do diretor, do administrador, mandatário ou de quem de alguma maneira responder pela pessoa jurídica que

deu causa a degradação. Tem-se assim, o risco destas pessoas de terem que pagar pelos prejuízos causados pela pessoa jurídica à qualidade do meio ambiente.

O autor Kleber Morais Bahia⁸², entende que os princípios da “reparabilidade e do poluidor-pagador serviram de base para a redação da Lei dos Crimes Ambientais, insculpidos em vários dispositivos legais, dentre eles, a Constituição Federal, em seu art. 225,§ 3º.”

No direito Ambiental a desconsideração da pessoa da pessoa jurídica, para que seja efetivada, independe da comprovação de culpa ou atuação com excesso de poderes por parte daqueles que compõe a sociedade, depende tão somente da verificação da insuficiência patrimonial da pessoa jurídica para reparar ou compensar os prejuízos por ela causados à qualidade do meio ambiente. Não sendo exigido para que ocorra a desconsideração a prova de fraude ou de abuso de direito.

A respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito ambiental ressalta-se a lição de Elida Séguin:

O art. 4.º da LCA expressamente admite a desconsideração da personalidade jurídica sempre que ela for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do Meio Ambiente, (...) a disregard theory pode ser aplicada no caso de insuficiência do patrimônio da empresa, (...) ⁸³.

É função do direito a criação de mecanismos, visando a serem incorporados ao ordenamento jurídico, que tenham por fim impor a proteção à integralidade do meio ambiente, com o fim de seja possível à perpetuação da vida em nosso planeta.

Portanto, observa-se que em termos ambientais, a responsabilidade por dano ambiental independe da existência de qualquer das formas que caracterizam o crime culposos, sendo levado em conta apenas à ocorrência do fato pode-se afirmar que a aplicação da *disregard doctrine* exerce profunda influência na luta pela preservação e integridade do meio ambiente.

4.4.3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Consolidação das Leis Trabalhistas

⁸² BAHIA Kleber Morais. **Desconsideração da pessoa jurídica à luz da Lei 9.605/98 - A qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente**. Disponível em www.jurisway.org.br. Acesso em 13 de julho de 2007 às 15h50min .

⁸³ SÉGUIN, Elida e CARRERA, Francisco. **Leis dos Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999.p.105.

O objetivo fundamental do Direito do Trabalho é proteger uma das partes, quando esta for hipossuficiente em relação à outra, com o propósito de alcançar uma igualdade substancial verdadeira entre as mesmas, em regra, a parte hipossuficiente é o empregado.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica vem sendo largamente aplicada às demandas trabalhistas, em nome da proteção ao trabalhador e para garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Vejamos o que Art. 2º, § 2º, Consolidação das Leis Trabalhistas que trata da desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito trabalhista:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.⁸⁴

Não se compadece com a índole do direito trabalhista a perspectiva de ficarem os créditos trabalhistas a descoberto, enquanto os sócios, a final os beneficiários diretos do resultado do labor dos empregados da sociedade, livram os seus bens pessoais da execução, a pretexto de que os patrimônios são separados.

Sobre a desconsideração da personalidade jurídica do direito do trabalho, Luciano Amaro, esclarece:

A CLT excepcionou a autonomia que resulta da personificação de várias pessoas jurídicas integrantes do conglomerado e estabelece que além da empregadora, também as demais sociedades são solidariamente responsáveis pelo débito trabalhista da empregadora, obviamente o objeto da lei, no caso foi prevenir situações de possível abuso, onde o trabalho pudesse ser utilizado como meio de produção das várias empresas e o ônus de pagar a remuneração respectiva fosse circunscrito a uma das empresas, exatamente aquela que por ter patrimônio eventualmente inexpressivo, pudesse se furtar ao efetivo cumprimento de suas obrigações. Atente-se porém, para a circunstância que a CLT não exige a prova de fraude, nem de abuso de direito para que as outras empresas que não a empregadora, respondam por débitos trabalhistas(...)⁸⁵

⁸⁴ COSTA, Cassimiro Armando, FERRARI, Irani e MARTINS, Melchíades Rodrigues. Consolidação das Leis Trabalhista. 33ª ed. São Paulo: LTR. 2006. p.37

⁸⁵ AMARO, Luciano. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n5, p 171.1993.

De acordo com o entendimento de Luciano Amaro, verifica-se que a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica ocorrerá independentemente da configuração de fraude ou uso desvirtuado da pessoa Jurídica.

Sobre o instituto da desconsideração no Direito Trabalhista, Oksandro Gonçalves, ensina:

(...) O direito do trabalho evita que pessoas Jurídica seja utilizada como elemento que impeça a efetiva indenização do trabalhador, não se cogitando abuso ou ilegalidade, mas apenas e tão somente a impossibilidade de o trabalhador ver obstado seu direito de obter indenização em função da criação de uma figura artificial.⁸⁶

Nesse sentido: 5ª Vara do Trabalho de Porto Velho – RO:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. A desconsideração da personalidade jurídica de medida excepcional deve ser aplicada se existirem provas ou fortes indícios de constituição fraudulenta da sociedade, de intenção de obstruir a satisfação de eventual credor ou atividade da Justiça, assim como se houver, por parte de seus dirigentes, prática de ato ilícito, abuso de poder ou violação de norma estatutária. Não obstante, na Justiça do Trabalho, ampliou-se a utilização desse instrumento, adotando-se não só nessas situações excepcionais, mas também sempre que, em execução, os bens da sociedade sejam insuficientes à satisfação do crédito obreiro.⁸⁷

Entende-se que a teoria da desconsideração é sempre aplicável ao direito do trabalho, diante da proteção ao trabalhador hipossuficiente, da natureza alimentar do crédito trabalhista e do fato segundo o qual o risco da atividade econômica é exclusivo do empregador.

O art.8º da CLT⁸⁸ também dispõe da possibilidade de aplicação do Instituto da desconsideração da Personalidade jurídica. observe a redação do Artigo:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.⁸⁹

⁸⁶ GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p.61

⁸⁷ RONDÔNIA. Tribunal Regional do Trabalho. 5ª Vara do Trabalho de Porto Velho-ro Juiz: Carlos Augusto Gomes Lôbo. Publicado no DOJT n.155, de 23/08/2006. Disponível em www.trt.ro.gov.br.

⁸⁸ Sigla que corresponde a Consolidação das Leis Trabalhista.

Percebe-se que tal artigo permite a utilização do direito comum de forma subsidiária, em caso de omissão na Consolidação das Leis do Trabalho e desde que não haja incompatibilidade com princípios fundamentais do direito do trabalho. Dessa forma, diante da omissão do texto da Lei trabalhista, autoriza-se a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho, da forma prevista em outros ramos do direito.

Por fim os direitos trabalhistas são de ordem pública, e tem, inclusive, caráter alimentar, natureza de crédito privilegiado e, portanto verifica-se que da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito do trabalho tem como finalidade principal assegurar efetividade de pagamentos de créditos de natureza trabalhista.

⁸⁹ COSTA, Cassimiro Armando, FERRARI, Irani e MARTINS, Melchíades Rodrigues. Consolidação das Leis Trabalhista. 33ª ed. São Paulo: LTR. 2006. p.37

5. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

5.1 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

No Brasil, existem duas elaborações doutrinárias sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: Teoria Maior e Teoria Menor e será apresentado de uma forma breve, destacando como de maior importância a primeira, pois é a de maior aceitação.

A teoria maior da desconsideração, também denominada de teoria subjetiva, condiciona-se à ocorrência de fraude ou abuso de direito, critérios subjetivos para ensejar a desconsideração. Seu maior expoente na doutrina estrangeira é o alemão Rolf Serick. No Brasil a teoria maior foi inserida na doutrina por Rubens Requião, aqui seu maior elaborador, o qual tratou de sistematizá-la.

Segundo Alexandre Couto Silva

A concepção subjetivista apresentada por Requião, baseia-se, para a aplicação da teoria da desconsideração, na fraude e no abuso, requisitos que são de caráter subjetivo e não contemplam, no entendimento de Comparato, todo o terreno da ocorrência da teoria da desconsideração⁹⁰.

⁹⁰ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**, SP: LTR, 1999, p. 53.

Nota-se que para a concepção subjetivista ou teoria maior do instituto da desconsideração deve ser preenchido os pressuposto de fraude ou abuso de direito para a efetiva aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy Andri ghi faz algumas considerações interessantes a respeito da teoria maior:

Teoria Subjetiva da Desconsideração: Exige-se, cumulativamente à prova do dano sofrido por terceiro, a demonstração do abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade no uso da pessoa jurídica, por meio de ato intencional (fraude) voltado à produção de dano a terceiros ou violação à Lei. A teoria subjetiva está calcada não em um defeito estrutural da sociedade, mas em um defeito funcional: um defeito produzido pelo mau uso da pessoa jurídica, função que ela concretamente realiza. Conclui-se que o fundamento da teoria subjetiva está no *abuso funcional na utilização da pessoa jurídica*.⁹¹.

Explica o professor Fábio Coelho⁹², que nesta teoria distingue-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica de outros institutos jurídicos que também importam a afetação do patrimônio do sócio por obrigação contraída pela sociedade.

Para a teoria maior, a fraude e o abuso de direito, quando presentes no caso concreto, outorgariam ao magistrado a oportunidade de aplicar a teoria da desconsideração ao seu alvedrio, isto é, estaria o juiz autorizado a utilizar o seu livre convencimento para aplicá-la, devido ao caráter subjetivo que a teoria comporta. Isto a difere profundamente da teoria menor, onde este critério de subjetividade praticamente inexistente.

A teoria menor da desconsideração é uma proposta doutrinária formulada por Fábio Konder Comparato, esta doutrina combate o subjetivismo da proposta original oferecida no Brasil por Rubens Requião. A formulação menor não se preocupa em determinar se há ou não fraude ou abuso de direito na condução da sociedade através de seus sócios.

A Ministra Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy Andri ghi, explica:

(...) A teoria objetiva prescinde da prova da intencionalidade do agente em fazer mau uso da pessoa jurídica: aplica-se a desconsideração desde que provado, tão-somente, a existência de confusão patrimonial. O princípio da separação patrimonial (CC antigo, art. 20, *caput*) - por meio do qual o patrimônio do sócio e da sociedade

⁹¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica No Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**. Palestra proferida na Primeira Semana do Consumidor - Faculdade de Direito do UniCeub. Brasília, 18 de Março de 2004. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2007 às 23h20min.

⁹² ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed.v.2.2002.p.35.

não se confundem, porque cada um é sujeito de direito distinto, é estabelecido para a consecução do objeto social expresso no contrato ou estatuto.⁹³

A teoria menor da desconsideração dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e sócio se afigure como obstáculo à satisfação de consumidores.

O autor Fabio Coelho,⁹⁴ entende que esta teoria reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial referente às sociedades empresárias. Onde se tem como pressuposto, o simples desatendimento do crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta.

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios ou administradores da pessoa jurídica.

A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, visto que a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A desconsideração inversa enseja que se aplique os mesmos princípios da desconsideração da personalidade jurídica já estudada, nada muda quanto aos pressupostos e demais aspectos, razão pelo qual não se processará neste item um estudo mais apurado.

⁹³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica No Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**. Palestra proferida na Primeira Semana do Consumidor - Faculdade de Direito do UniCeub. Brasília, 18 de Março de 2004. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2007 às 23h20min.

⁹⁴ Op.cit.p.46

Na desconsideração inversa, como o próprio nome diz, a ordem de responsabilidade ocorre no sentido oposto, isto é, neste caso o que se busca é a responsabilidade perante os bens da sociedade, por ato praticado pelo sócio.

Para Fábio Coelho,⁹⁵ a fraude que a desconsideração invertida coíbe é basicamente o desvio de bens, onde o devedor os transfere para a pessoa jurídica sobre a qual detém o absoluto controle. Deste modo continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica que está sob seu controle. A desconsideração inversa, então pode ser conceituada como o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio.

Pela desconsideração tradicional busca-se responsabilizar o sócio por obrigações contraídas pela sociedade, na inversa, é esta última que responde por dívidas ou atos praticados pelo sócio, através da quebra de sua autonomia patrimonial.

5.2.CRITÉRIOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Sobre os critérios objetivos e subjetivos, autora Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas, disserta:

Ao analisar o que até então foi escrito a respeito da desconsideração da Personalidade Jurídica, percebe-se que dois critérios diversos serviram para embasar tais ensinamentos: o objetivo e o subjetivo. Pelo primeiro, não se argui acerca da intenção do agente. Já que o se analisa é o dano em si. Já pelo critério subjetivo, se eleva a intenção do agente como requisito da mais relevante importância (porém não imprescindível, já que existem exemplos fornecidos consoante o critério subjetivo, de hipóteses de desconsideração da personalidade Jurídica , em que se prescinde de tal elemento subjetivo.a aplicação da *disregard of legal entity*.⁹⁶

Verifica-se que os critérios subjetivos são pressupostos da teoria menor na qual se avalia a intenção do agente de causa o dano e os critérios objetivos bastam à ocorrência do dano e o nexo de causalidade para que possa ser aplicada o instituto da desconsideração da Personalidade jurídica.

⁹⁵ Op cit p.45.

5.2.1. O Abuso de Direito

A respeito do abuso de direito, Silvio Rodrigues⁹⁷ preceitua que o abuso de direito ocorre quando o agente atuando dentro das prerrogativas que ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo ao utilizá-lo desconsideradamente causa dano a outrem.

Explica, Silvio Rodrigues,⁹⁸ que é possível apontar duas posições originais na formulação dos critérios para fixação do alcance do ato abusivo de direito. Uma de caráter subjetivo, onde não se teria de buscar a intenção do titular do direito; outra de caráter objetivo, em bastaria examinar o ato, dito abusivo e as consequências dele, para se concluir se houve ou não exercício irregular do direito.

O abuso dessas prerrogativas, ou seja, o excessivo e injustificado uso de determinado instituto, amparado pela lei, pode ser considerado como abuso de direito.

A teoria do abuso de direito foi agasalhada pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 187, o qual prescreve: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Aqui o legislador não buscou definir as hipóteses de incidência, mas traçou as linhas gerais que visam combater o abuso de direito pois não deve o magistrado acobertar a injustiça quando demonstrado o uso abusivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

5.2.2. A fraude

A fraude pode ser caracterizada com um procedimento utilizado para iludir, ludibriar, enganar.

⁹⁶ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de Desconsideração da Personalidade Jurídica: Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil. 2ª ed., São Paulo: Atlas. 2004. p.97.

⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 18ª ed.v.4, 2000. p.47.

⁹⁸ Idem Ibidem. Op.cit p. 47

O uso indevido da personalidade jurídica, não pode então ser acobertado pelo poder judiciário em virtude do princípio da autonomia patrimonial, portanto presente a fraude, e se esta for esta demonstrada plenamente, deve o magistrado aplicar a desconsideração sob pena de estar acobertando a injustiça.

Em relação ao critério objetivo, a desconsideração da personalidade jurídica é condicionada à demonstração de desvio da pessoa jurídica, ou seja, em se utilizando o sócio de fins diversos dos pretendidos pela lei, há de ser desconsiderada a personalidade, ainda que não se demonstre a prova do abuso de direito.

5. 3. HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS PARÁGRAFOS.

O Professor Zelmo Denari ensina que a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica é uma faculdade do juiz:

Em linhas de coerência com os postulados da escola de direito livre e da jurisprudência (*interessenjurisprudenz*) – ao proclamar que a tarefa do juiz, não é puramente cognitiva, muito menos mecânica, mas valorativa dos interesses em conflito, muito além de criação de normas – o dispositivo teve o cuidado de autorizar a aplicação como faculdade do juiz, a cujo prudente arbítrio confiou o exame preliminar e a aferição dos pressupostos para concessão da medida extrema.⁹⁹

Quanto a aplicabilidade da *disregard doctrine* ser faculdade do juiz, o melhor entendimento é de Márcio André Medeiros Moraes que assim disserta:

Evidentemente que quanto ao fato do juiz apreciar a relação fática para apurar se se enquadra em uma das hipóteses de desconsideração prevista no Art.28 da lei consumerista, não há nada de estranho, é a função do juiz. Mas daí a atribuir-lhe a faculdade de aplicar ou não a técnica desconsiderando em benefício do consumidor, é demais! Logo se descaracteriza a hipótese prevista no art.28 do Código de Defesa do Consumidor o juiz está obrigado a desconsiderar a personalidade da Pessoa Jurídica. É de bom alvitre esclarece que, não estamos afirmando que não cabe nenhum juízo de valor por parte do juiz, que ele tem que ser mecânico não, não é isto que estamos querendo dizer, muito pelo contrario entendemos que há situações, em que este trabalho do juiz é fundamental. Fato este que se torna patente quando se julga por equidade.¹⁰⁰

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed.1999. p.208.

¹⁰⁰ MORAES, Márcio André Medeiros. **A desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTR. 2002. p.133

Entende-se que o juiz tem a faculdade de desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade, mas essa faculdade converte-se em dever depois de feita a prova do prejuízo do consumidor devido a uma das circunstâncias elencadas nesse mesmo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 28 (primeira parte) *caput* do Código de Defesa do Consumidor enumera as hipóteses da desconsideração da personalidade Jurídica.

A jurista Daniela Story Lins¹⁰¹, destaca duas teorias doutrinárias que tratam do abuso de direito sendo a primeira leva em consideração o intuito de prejudica terceiros e a segunda corrente doutrinária associada ao exercício normal e regular do direito. Vislumbra o elemento objetivo, observa se está exercendo o direito segundo a sua finalidade social, segundo a razão para a qual o direito foi criado.

Quanto ao conceito do termo Abuso de direito a Professora Maria Helena Diniz *apud* o autor Antunes Varela, assim define: “Abuso de direito é o mau exercício dos direitos subjetivos decorrentes de lei ou de contrato.”¹⁰².

- Segunda hipótese: Excesso de Poder, que segundo o autor Marlon Tomazzette: “diz respeito aos administradores que praticam atos para os quais não tem poder.”.
- Terceira hipótese: infração a Lei: decorre do descumprimento da Lei.
- Quarta hipótese Fato ou ato ilícito: que segundo a autora Maria Helena Diniz: é aquele praticado em desacordo com a ordem Jurídica, violando direito Subjetivo individual.

103

De acordo com a professora Maria Helena Diniz¹⁰⁴ são indispensáveis á configuração do ato ilícito:

1º) Fato lesivo voluntário, ou imputável causado pelo agente por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (Código Civil, art.186, 1ª parte).

¹⁰¹ STORRY, Daniela Lins. **Aspectos Polêmicos Atuais da a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

p.53.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**, 12ª ed.1998, p.476

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**, 20ª ed.2003, p.465.

2º) Ocorrência de um dano. Para que haja pagamento da indenização pleiteada, além da prova da culpa a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundado ou não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

3º) Nexo de causalidade: entre o dano e o comportamento do agente. A responsabilidade não pode ocorrer sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta ilícita do agente.

- Quinta hipótese: Violação dos Estatutos ou contrato social: os poderes dos administradores são definidos pela Lei, pelo contrato social ou pelo Estatuto cuja violação também é indicada como hipótese autorizadora da desconsideração.¹⁰⁵

Art.28 (2ª parte) *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, elenca as demais hipóteses autorizadas da Desconsideração.

Falência, Estado de insolvência, encerramento inatividade da pessoa Jurídica provocada por má administração.

De acordo com Marlon Tomazette há impropriedades na hipótese de desconsideração por má administração, e explica: “Neste particular nosso legislador não foi feliz na medida em que a definição do que vem a ser má administração, é tão abstrata e subjetiva, que poderá levar a inaplicabilidade do dispositivo.”¹⁰⁶

No mesmo sentido, Daniela Story Lins:

O pressuposto da má administração que leve a sociedade a falência, estado de insolvência, encerramento provoca algumas perplexidades. A primeira delas refere-se a própria definição de má administração, incidindo uma série de incertezas a respeito de seus contornos. De qualquer modo uma vez provada a má administração, a responsabilidade recairá sobre o administrador e seu patrimônio ou sobre aquele a que se possa diretamente atribuir a prática do ato.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Idem, ibidem. p.467-468.

¹⁰⁵ TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da Personalidade Jurídica: a teoria, e o CDC e o Novo Código Civil. Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/aceso> em 06 de jun.2007.

¹⁰⁶ Idem, ibidem.

¹⁰⁷ LINS, Daniela Story. **Aspectos Polêmicos e atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste**. Editora Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2002. p56.

A autora Rachel Sztajn¹⁰⁸ *apud* Márcio André, preceitua que: Nas hipóteses de Falência, Estado de insolvência, encerramento inatividade da pessoa Jurídica que não decorrerem de má administração, o juiz não poderá recorrer a desconsideração, pois se trata de norma de aplicação restritiva, o elenco de hipóteses é fechado.

Apesar dos entendimentos acima citado pode se observar que a má administração, Falência, encerramento por inatividade, estado de insolvência são pressupostos autorizadores para a desconsideração da personalidade jurídica, entender de modo contrário corresponderia a cancelar judicialmente a “injustiça” contra os consumidores.

A respeito da hipótese de desconsideração por má administração, Luciano Amaro, disserta:

Assim parece nos mal posta a hipótese legal, já pela falta de nexo entre a qualidade de sua administração e os eventuais prejuízos do consumidor, já pela falta de isonomia entre o tratamento dado ao consumidor da empresa encerrada por má administração e o conferido ao consumidor que tenha tido a infelicidade de ser cliente de uma empresa bem administrada que encerrou suas atividades¹⁰⁹.

A melhor orientação quanto aplicabilidade da desconsideração da Personalidade Jurídica Art.28 *Caput* (2ª Parte) é a do doutrinador Márcio André Medeiro Moraes:

No que concerne á segunda parte do caput do art.28 da Lei consumerista, trata-se se situação *sui generis*, que são as hipóteses de falência, estado de insolvência, encerramento de atividade ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração. Assim o Código de Defesa do Consumidor apresenta a má administração da pessoa Jurídica como elemento constitutivo de um dos fatores que levam a desconsideração. O que interessa aqui é o erro do administrador na condução dos negócios da pessoa Jurídica, ou seja este não cumpre as diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, deixa de fazer o que a ciência da administração recomendam, ou, o que é pior faz o que é desaconselhado por esta e sobrevêm prejuízos á pessoa Jurídica, caracterizando esta a má administração.¹¹⁰

Seguindo ainda melhor orientação sobre o tema, Zelmo Denari esclarece:

O art.28 reproduz todas as hipóteses materiais de incidência que fundamentam a aplicação da *disregard doctrine* às pessoas jurídicas, a saber: abuso de direito, excesso de poder, fato ou ato ilícito e violação dos estatutos ou contrato social. O dispositivo protege amplamente o consumidor, assegurando-lhe livre acesso aos

¹⁰⁸ MORAIS, Márcio André Medeiro. **A desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. p.146

¹⁰⁹ AMARO, Luciano. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor. N.5, São Paulo, RT, p 178.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*. P.145

bens patrimoniais dos administradores sempre que o direito subjetivo de crédito resulta de quaisquer das praticas abusivas elencada no dispositivo.¹¹¹

Concorda-se com o entendimento do autor Zelmo Denari no diz respeito às hipóteses de incidência da desconsideração, percebe-se o legislador consumerista, deixou claro que as hipóteses elencadas art.28 Código de Defesa do Consumidor, são casos de aplicação do instituto da desconsideração.

A desconsideração e os grupos, Consórcios e Sociedades Coligadas.

Os parágrafos 2º, 3º e 4º do Art.28 do Código de Defesa do Consumidor refere-se a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores no caso de grupos societários, consórcios e Sociedades Coligadas que mantêm entre si alguma relação

O parágrafo 2º prevê a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos de sociedades e as sociedades controladas.

Sobre o parágrafo 2º, Art. 28 CDC, Rafael Peixoto Abal, expõe:

Os grupos estão previsto na Lei de Sociedades Anônimas, que em seu art. 265 autoriza as sociedades Anônimas controladas e controladoras a constituir grupos de sociedades, mediante convenção pela qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para realização das respectivos objetivos, ou participar de atividades ou empreendimentos comuns. O grupo não possui personalidade jurídica, sendo que cada sociedades conserva a sua personalidade e patrimônio distintamente (arts.266 da Lei das sociedades Anônimas. Assim existindo prejuízo causado ao consumidor por fornecedor integrante do grupos societário ou que possua controladas, as demais sociedades responderão subsidiariamente.¹¹²

Entende-se que em face das artificiosas evasivas no cumprimento das obrigações, a tendência é a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades que compõe o grupo, para que possam ser consideradas não como empresas isoladas e independentes, mas como parte de um grupo, como realmente o são.

¹¹¹ Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. p.207

¹¹² ABAL, Rafael Peixoto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor. Monografia Jurídica. Florianópolis: Santa Catarina. 1999. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoAbal-DesconsideracaoPJCDC.PDF>. Acesso em 13 de junho de 2007.

Sobre a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade ao grupos de fato, Márcio André Medeiro Morais, ensina:

Nos grupos de fato Não encontramos convenção grupal devidamente registrada, são constituídas de sociedades unidas pelos vínculos societários de controle e de coligação. As normas específicas destes grupos estão previstas em parte do capítulo XX, pois esse capítulo contém normas aplicadas tanto ao grupos de fato quanto de direito. Assim, dentro dessa panorâmica dos grupos de sociedades no presente ordenamento Jurídico, verificamos que o legislador consumerista procurou abraçar nas hipóteses de desconsideração referentes a grupos tanto de fato quanto de direito (...). O importante é proteger-se amplamente os direitos patrimoniais dos consumidores.¹¹³

Sobre as formalidades para constituição de um grupo societário o professor Fábio Ulhoa *apud* Márcio André Medeiros Morais, assevera:

Para que tenhamos um grupo societário não é suficiente a simples existência de sociedade controladas por uma brasileira, ainda que elas desenvolvam atividades comum ou combinem os seus esforços, uma vez que é fundamental para a formalização do grupos a convenção devidamente registrada e publicada. Quando o Código de Defesa do Consumidor define como subsidiária a responsabilidade das sociedades integrantes de um grupos, deve se entender, em uma interpretação sistemática, que o dispositivo não se aplica às reuniões de fato. Apenas a sociedade pertencente a um grupo adequadamente formalizado possui responsabilidade subsidiária pelas obrigações das demais integrantes em matéria de defesa do consumidor.¹¹⁴

O grupo de fato se estabelece entre sociedades coligadas ou entre controladora e controlada, não tendo uma personalidade jurídica própria englobando todas as empresas, cujos negócios se confundem e se entrelaçam por aspectos fáticos de promiscuidade que podem ser facilmente apurados e determinados na relação interempresarial formalizada.

Entende-se que apesar de um grupo fato não ser constituído legalmente, ou seja, for inobservadas as formalidades exigidas para sua constituição, ela não está isenta da responsabilidade perante o consumidor, nada impede a aplicação do instituto da desconsideração da Personalidade jurídica quando configurando a existência de um mesmo grupo econômico, ligadas por sócios e objetos sociais.

Parágrafo 3º do Art.28 do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade solidária das sociedades consorciadas pelas obrigações decorrentes da relação de consumo.

¹¹³ . Op.cit. p 163

De acordo com o Professor Zelmo Denari,¹¹⁵ o § 3º, disciplina a responsabilidade das sociedades consorciadas e o consórcio, nos termos do artigo 278 e seg. da Lei das sociedades Anônimas, é mera reunião de sociedades que se agrupam para executar um determinado empreendimento. O consórcio não tem personalidade Jurídica e, em princípio, as consorciadas somente se obrigam em nome próprio, sem previsão de solidariedade, § 1º do referido diploma. O § 3º do art.28 derogou essa disposição da lei comercial, criando, nas relações de consumo um vínculo de solidariedade entre as empresas consorciadas, em benefício do consumidor

Para Rafael Abal Peixoto,¹¹⁶ a responsabilidade das consorciadas é solidária, ou seja, o consumidor que visa a reparação de danos causados por um fornecedor integrante de consórcio poderá exigí-la de qualquer sociedades que dele faça parte, ou de todas em conjunto, ainda que não figure no pólo passivo aquela com a qual contratou.

Quanto à derrogação não presunção de solidariedade, Rafael Abal apud Tupinambá Miguel Castro do Nascimento:

Essa norma (art., 28, § 3º do CDC) deve ser entendida. Não há revogação implícita quanto a não presunção de solidariedade constante da Lei 6.404/76. a inexistência da presunção continua, menos para as obrigações resultantes das relações de consumo.¹¹⁷

Para Márcio André Medeiros Morais¹¹⁸, o Código de Defesa do Consumidor apenas excepcionou a lei acionária ao prever a responsabilidade solidária das sociedades componentes do contrato de consórcio, pois se assim não tivesse agido, dificilmente a jurisprudência por si só iria reconhecer essa solidariedade das relações de consumo.

Conclui-se que, assim como o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica não foi abolido com o Instituto da desconsideração da personalidade jurídica a não presunção

¹¹⁴ Idem, ibidem. p 165.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed.1999. p.210.

¹¹⁶ ABAL, Rafael Peixoto. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor Monografia Jurídica** apresentada a Universidade Federal de Santa Catarina. 1999. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoAbal-DesconsideracaoPJCDC.PDF>.

¹¹⁷ Idem, ibidem.

¹¹⁸ MORAIS, Márcio André Medeiro. Op.cit. p 171.

de solidariedade estabelecida no art.278, § 1º, não foi derogada,mas § 3º o art.28 do Código de Defesa do Consumidor, constitui uma exceção a regra de presunção de solidariedade.

Parágrafo 4º do art.28 d CDC – Sociedades Coligadas:

Para Zelmo Denari¹¹⁹, § 4º que regula a responsabilidade das sociedades coligadas estas, nos exatos termos do §1º do art.245, da Lei das sociedades Anônimas, se associam a outras , que participam com 10% ou mais do respectivo capital social, mas não chegam a exercer o respectivo acionário. Quando se tratar de sociedades que se associam a outras, mas que conservam a respectiva autonomia patrimonial e administrativa, o código somente admite sua responsabilidade na ocorrência de culpa, “vale dizer, em caráter excepcional, quando ficar demonstrado que participaram do evento danoso ou incorreram em vício de qualidade ou quantidade por negligência ou imprudência.”

Rachel Sztajn *apud* Márcio André Medeiros Moraes se posiciona contrariamente ao fato do § 4 do art.28 da Lei consumerista está apresentado no contexto da desconsideração da personalidade Jurídica, afirma estar deslocado deste contexto, uma vez que dispõe sobre sociedades coligadas e invoca a responsabilidade subjetiva:

A responsabilidade culposa implica prática de ato ou abstenção no cumprimento do dever legal. Talvez até de dever ou obrigação acessória. Mas, se esse é o caso, não há por que trazer a responsabilidade culposa para o campo da teoria da disregard, já que nesses casos, como já se demonstrou não se questiona a culpa, indaga-se da equidade.¹²⁰

Apesar das críticas do § 4 do art.28, verifica-se que o legislador apenas deixou claro a responsabilidade das sociedades coligadas em casos de culpa, com a finalidade de proteger o consumidor.

Parágrafo 5º do art.28 do Código de Defesa do Consumidor

Dispõe o §.5º do art.28 do Código de Defesa do Consumidor que “também poderá ser desconsiderada a pessoa Jurídica, sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

¹¹⁹ Op.cit. p 210

¹²⁰ SZTAJN, Rachel *apud* Márcio André Medeiro. Op.cit. p 174.

Para os autores como: Luciano Amaro, Zelmo Denari, Eduardo Gabriel Saad, defendem que o parágrafo 5º, padece de vícios.

Outros autores como Márcio André Medeiros Morais e Guilherme Fernandes Neto, dentre outros defendem que o parágrafo 5º deve ser interpretado de forma teleológica.

Para Luciano Amaro¹²¹, o parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor padece de vício que o torna inconciliável com o caput. Segundo o autor o parágrafo se inicia com o advérbio “também”, sugerindo que ele irá adicionar mais alguma hipótese ao elenco do caput. Contudo, no lugar do rol de “novas hipóteses” surgem as expressões genéricas “sempre que” e “de qualquer forma” assim o referido § 5º, combinado com o caput, mostra um serviço legislativo viciado por insanável impropriedade.

De acordo com entendimento de Eduardo Gabriel Saad,¹²² não há a necessidade do parágrafo 5º, uma vez que a aplicação da *disregard doctrine* tem como pressupostos os fatos arrolados no *caput* do referido artigo e que os quatro primeiros parágrafos deixam claro as hipóteses de incidência da desconsideração da pessoa jurídica e por afirma que parágrafo 5º, é redundante.

A respeito do §.5º do art.28, Guilherme Fernandes Neto,¹²³ entende que o § 5º do art.28, do CDC, deixa evidente a intenção do legislador, como por exemplo evitar que os efeitos inerentes a personalidade jurídica dificulte de qualquer forma o ressarcimento ao consumidor e razão disso não mencionou a ocorrência de fraude, para que ocorra a desconsideração pois tal entendimento estaria vinculado a concepção originária da teoria da desconsideração da pessoa jurídica mas o “legislador foi além da tradicional doutrina da desconsideração da pessoa Jurídica no Direito Comercial ¹²⁴”.

No mesmo sentido é o entendimento de Márcio André Medeiros Morais,¹²⁵ que explica que não seria favorável para a defesa dos direitos do consumidor que o § 5º estivesse

¹²¹ AMARO, Luciano. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor. N.5, São Paulo, RT, Janeiro/Março de 1993. p 178.

¹²² SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva: LTR, 3ª ed.1998. p.301.

¹²³ NETO, Fernandes Guilherme. **O abuso de Direito no Código de Defesa do Consumidor**. p.188

¹²⁴ Idem, Ibidem. 188.

¹²⁵ A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de defesa do consumidor. São Paulo: LTR. 2002. p.179.

separado na parte inicial, tendo vista que da forma como se apresenta as hipóteses de incidência da desconsideração verifica-se que a interpretação deve ser teleológica, ou seja, e preciso levar em consideração a finalidade da norma e indo além da interpretação literal,.

De todo exposto entende-se que a melhor interpretação neste caso é a teleológica, pois o legislador consumerista objetivou assegurar os direitos dos consumidores. Portanto entendemos que uma interpretação literal do referido artigo não coaduna com princípios do Código de Defesa do Consumidor.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. Os direitos fundamentais, normas jurídicas “positivas” constitucionais que são, devem ser vistos como a categoria instituída com o objetivo de proteção à dignidade, à liberdade e à igualdade humanas em todas as dimensões. O termo fundamental, é certo, deixa clara a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.

2. A ordem histórico-cronológica do surgimento dos direitos fundamentais resumem-se da seguinte forma: Primeira geração; segunda geração e a terceira geração de direitos fundamentais e sendo está geração os Direitos da Fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado e o direito do consumidor e por último a quarta geração de direitos fundamentais, mas com relação aos direitos da quarta geração, não há consenso doutrinário, ou seja, o entendimento é divergente.

3. A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo informador da interpretação de todo o Ordenamento Jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação.

4. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica e que estatuiu um microsistema de defesa do consumidor e possui técnicas jurídicas modernas que o permitem manter o dinamismo necessário na regulamentação das relações de consumo. Diz-se que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, pois o mesmo traça os princípios e objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, bem como os princípios fundamentais de todas e quaisquer relações de consumo. Uma das características do Código de Defesa do Consumidor é o método de interpretação teleológico, vez que, sempre que

possível, deverá ele ser interpretado em função da sua finalidade primordial, qual seja, a proteção do consumidor, tendo-se em vista a sua reconhecida vulnerabilidade.

5. Quanto as correntes que tratar da interpretação do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que a melhor orientação é a formulada pela corrente finalista, na qual o conceito de consumidor é restrito. Com relação ao conceito de fornecedor o legislador consumerista optou por utilizar um termo bem amplo para designar o que venha ser fornecedor e inclusive incluiu no rol dos fornecedores até mesmo os entes sem personalidade jurídica.

6. No âmbito prestação de serviço verificou-se um grande avanço em favor dos consumidores, a saber: o reconhecimento das instituições financeiras como prestadora de serviços, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor passou a ser aplicável às Instituições financeiras.

7. O Princípio da Vulnerabilidade é base de toda a Ciência Consumerista, configurando esta como uma conquista histórica em favor do consumidor. Outro princípio que se destaca na relação consumerista é a Boa-Fé, pois é um princípio que está consubstanciado por todo corpo normativo do Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Harmonia entre Consumidor e Fornecedor é de grande relevância porque a harmonia das relações de consumo é importante na busca de um equilíbrio dos interesses dos fornecedores, das necessidades dos consumidores e para assegurar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

8. No aspecto processual quanto a ação individual na relação de consumo aplica-se as mesmas regras processuais estabelecidas no Código de Processo Civil e na ação coletiva aplica-se as regras do Código de Defesa do Consumidor. Quanto ao art.82 do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que se trata de legitimação extraordinária, porque ocorre a defesa de direito alheio em nome próprio e o provimento jurisdicional se aproveitará a toda coletividade.

9. No que se refere ao momento para inversão do ônus da prova, entende-se que o momento mais apropriado é no despacho saneador, pois haverá observância do princípio do contraditório e ampla defesa.

10. A respeito do momento para decretar o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica entende-se que o melhor momento é na fase de execução por meio de incidente processual, pois nesta fase processual, verifica-se a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

11. Em relação a aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade e outros ramos do direito, verificou-se que o Código Civil de 2002, acolheu expressamente em seu art. 50, o Instituto da desconsideração da personalidade jurídica, no Direito ambiental (Lei 9.605 de fevereiro de 1998), está claramente, previsto a aplicabilidade do instituto da desconsideração no Art. 4º da Lei 9.605 de 1998. A pessoa jurídica pode ser desconsiderada no âmbito das demandas trabalhistas, em nome da proteção ao trabalhador e para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Sendo fundamentado no art. 2º da CLT e também art. 8º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, o art.8º, permite a utilização do direito comum de forma subsidiária, em caso de omissão na CLT.

12. Quanto as teorias que tratam do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, existem duas: a teoria maior (majoritária), exige para aplicação os requisitos fraude ou abuso de direito, teoria menor (minoritária), para defensores da teoria menor basta à ocorrência do dano e o nexo de causalidade.

13. Entende-se que a aplicação do instituto da desconsideração no Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor está intimamente relacionada à interpretação teleológica, ou seja, é necessário levar em consideração a finalidade da Lei consumerista e a intenção do legislador e, portanto deve prevalecer a interpretação teleológica, sendo assim, aplicável o instituto da Desconsideração ao art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e todos os seus incisos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAL, R. P. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Monografia Jurídica**. Florianópolis: Santa Catarina. **1999**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em 13 de junho de 2007.

ABREU, P. S. de. **A Globalização e a Proteção do Consumidor Como Direito Fundamental**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, V.2, n. 1, p. 5-19, jan./jun. **2005**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em 10 de maio de 2007.

AMARO, L. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Revista do Direito do consumidor. N.5, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. 1993.

ANDRADE, R. A. de. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri – São Paulo: Manoele, 2006.

ANDRIGHI, F. N. **Desconsideração da Personalidade Jurídica No Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**. Palestra proferida na Primeira Semana do Consumidor - Faculdade de Direito do UniCeub. Brasília, 18 de Março de 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2007 às 23:20h.

BAHIA K. M. **Desconsideração da pessoa jurídica à luz da Lei 9.605/98 - A qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente**. Disponível em www.jurisway.org.br. Acesso em 13 de julho de 2007 às 15h50min.

BANDEIRA DE MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BASTOS, E. L. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

_____, P. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

CALVO, A. C. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito do Trabalho**.

Jus Vigilantibus, Vitória, 8 jun..2003.Disponível em <http://jusvi.com>. Acesso em 26 de maio de 2007, às 15:30h.

CINTRA, A C de A, GRINOVER, A. P, DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 19ª ed.2003.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 5ª ed. São Paulo. V2, 2002.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 4ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004.

DINIZ, M. H. **Direito Civil Brasileiro**. 1º volume. São Paulo: Saraiva 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**, 12ª ed.1998.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**, 20ª ed.2003.

EDUARDO, S. G. **Comentários ao Código Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 1999.

FERNANDES, N. G. **O abuso de direito no CDC: Cláusulas, Práticas e Publicidade Abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FREITAS, E. C. C. de. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica análise á Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

GARCIA, G F.B. Desconsideração da Personalidade no Código de Defesa do Consumidor e No Código de Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**, RT, ano 95, V.846.2006.

GONÇALVES, O. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 1ª ed. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá. 2006.

GRINOVER, A. P et al. **Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. Ed. Forense Universitária, 6ª edição. 1999.

_____. **Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. Ed. Forense Universitária, 8ª edição. 2005.

GUGLINSKI, V. V. **O princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 210, 1 fev. **2004**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 11 jul. 2007.

LIMA, G, M. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. **2003**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

LÔBO, P. L. N. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. **2001**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 28 mar. 2007.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime nas Relações Contratuais**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.

MATTA, A. A. da; BAHIA, M. T. B.. **O Direito Fundamental de Defesa do Consumidor à Luz da Lei Federal N. 10.962 de 2004**. Disponível em: http://www.uberaba.mg.gov.br/procon/pdf/legislacao_estadual/direito_fundamental.pdf.

MORAIS, M.A. M. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de defesa do consumidor**. São Paulo: LTR, 2002.

NUNES, L. A. R. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

PARUSSOLO, C. A. Visão do Leasing em face do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Nº. 32, RT. 1999.

PAULA, A. P. de. Da Arbitragem nas Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, Nº. 32, RT. 1999

PIOVESAN, F. Direitos Humanos, O princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, Ano94, V.833, março de 2005.

RODRIGUES, S. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 18ª ed.v.4, 2000.

SAAD, E. G. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva: LTR, 3ª ed.1998.

SANTOS, F. F. dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 28 mar. 2007.

SARLET, I. W. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Livraria do Advogado, 2004.

SÉGUIN, E. e CARRERA, F. **Leis dos Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999.

SILVA, A. C.. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, E. M da. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em http://www.radardoagito.com.br/direito/direito_constitucional/direitosfundamentais.htm. Acesso em 20 de junho de 2007, às 17.53 horas.

SILVA, F. B. da. **O Código de Defesa do Consumidor: um Microsistema Normativo Eficiente?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 21 mar. 2007.

SILVA, G. P. da. **A possibilidade alteração dos contratos no novo Código Civil e a necessária revisão do conceito de consumidor previsto na Lei nº 8.078/90**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 07 jun. 2007.

SILVA, J. A da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiro. 24ª ed. 2005.

STALJN, R. Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In* **Revista do Direito do Consumidor**, n.2, Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1992.

STORRY, D. L. **Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

TOMAZETTE, M. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. **2002**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 29 jul. 2007.

_____. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica: desnecessidade de uma ação de conhecimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1149, 24 ago. **2006**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/>. Acesso em: 19 jun. 2007

_____. **Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ZANETTI, R. **A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. **2005**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: jul. 2007.